البيان والتحصيل

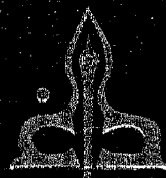
والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

وضمنه
المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية
لمحمد العتبي القرطبي
المتوفى عام ٢٥٥ هـ

تحقيق
الأستاذ أحمد الشرقاوي إقبال

الجزء الرابع



دار الغرب الإسلامي

البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة

(٤)

بسم الله الرحمن الرحيم

البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

وضمنه

المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية
لمحمد العتبي القرطبي
المتوفى عام ٢٥٥ هـ

تحقيق

الاستاذ احمد الشرقاوي إقبال

الجزء الرابع



دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م
الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م



دار الغرب الإسلامي
ص. ب: 5787 - 113
بيروت - لبنان

كتاب الحج الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

كتاب الحج الثاني

من سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب الحج.

قال سحنون: أخبرني أشهب وابن نافع قالا: سئل مالك [رحمة الله على جميعهم][1] عن الطواف بالبيت وعلى المرء ثوب غير طاهر قال: لا، وكرهه.

قال محمد بن رشد: حكم الطواف بالبيت حكم الصلاة في أنه لا تكون إلا على طهارة، فكذلك يكون حكمه حكمها في طهارة الثوب والبدن من النجاسة، فإن طاف بثوب نجس وهو لا يعلم به ثم علم بعد إكمال الطواف قبل الركعتين فصلى الركعتين بثوب طاهر فلا إعادة عليه، فإن لم يعلم حتى صلى الركعتين أعادهما بالقرب ما لم ينتقض وضوؤه ولم يعد الطواف، رُوي ذلك عن ابن القاسم، وقال أصبغ لا يعيد الركعتين لأن السلام منهما خروج وقتهما، والقياس أنه إن علم في أثناء الطواف[2] وبعد أن أكمله قبل أن يصلي الركعتين استأنف الطواف من أوله، كالصلاة إذا علم بنجاسة الثوب في الصلاة قطع وابتدأ، وإن لم يعلم به حتى أكمل الركعتين لم يكن عليه أن يعيد، كمن صلى بثوب نجس فلم يعلم به حتى خرج الوقت، لأن الطواف ليس له وقت محدود، فالسلام من الركعتين خروج وقته، كمن صلى صلاة

---

(١) إضافة من ق ١.

(٢) في ق ١: أو بعد.

فاتته[٣] بثوب نجس فلم يعلم به حتى خرج الوقت سلم منها أنه لا إعادة عليه، لأن السلام منها خروج وقتها. وقال أشهب: إن علم به في طوافه ابتدأه، وإن لم يعلم به إلا بعد إكمال طوافه أعاد الطواف والسعي إن كان قريباً وليس بقياس، وإن كان متعمداً [أعاد وإن كان بعيداً على القول بأن من صلى بثوب نجس عامداً أعاد أبداً، وعلى ما في هذه الرواية من أنه كره أن يطوف المرء وعليه ثوب غير طاهر لا تجب عليه الإعادة وإن كان متعمداً][٤] [وبالله تعالى التوفيق][٥].

مسألة

قيل له: أفتسعى المرأة بين الصفا والمروة وهي حائض؟ فقال: نعم إذا فرغت من الطواف بالبيت والصلاة.

قال محمد بن رشد[٦]: وهذا كما قال، لأن السعي بين الصفا والمروة ليس من شرط صحته الطهارة. فإذا حاضت المرأة بعد الطواف بالبيت سعت بين الصفا والمروة، [وإذا حاضت قبل الطواف لم تسع بين الصفا والمروة][٧]، لأن السعي لا يكون إلا بعد الطواف، وهذا مما لا اختلاف فيه، لقوله عليه السلام لعائشة: ﴿ افْعَلِي مَا يَفْعَلُ الْحَاجُّ غَيْرَ أَلاَّ تَطُوفِي بِالْبَيْتِ وَلاَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ﴾[٨].

مسألة

وسئل عمّن قدم معتمراً فحل ثم أهلّ بالحج فخرج إلى منى

(٣) في ق ١: فاتتة.
(٤) ساقط من ق ٢.
(٥) إضافة من ق ١.
(٦) في ق ١: (قال القاضي رحمه الله) بدل (قال محمد بن رشد).
(٧) ساقط من ق ١.
(٨) هو في الصحيحين وعند أبي داوود والنسائي وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.

ولم يطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة ثم رمى جمرة العقبة، أيلبس الثياب قبل أن يطوف بالبيت وبين الصفا والمروة؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه لقول عمر رضي الله عنه: إذا جئتم مِنىً فمَنْ رَمَى الجَمْرَةَ فقد حلَّ له ما حرَّم الله عليه إلَّا النساءَ والطيبَ لا يمس أحدٌ نساءً ولا طيباً حتى يطوفَ بالبيت.

مسألة

وسئل على الحاجَّة تنفس قبل أن تُفيض، قال: يحبس عليها كَرِيُّها لأنه قد علم أن النساء يصيبهن هذا. قيل له: أفتراه مثل الحيض؟ قال: نعم، ويحبس على الحائض خمسة عشر يوماً. قيل له: فهل يختلف عندك إن كانت حاملاً أو غير حامل؛ فإن الكَرِيَّ يقول: لم أعلم أنك حامل؟ فقال: ما يختلف عندي، وما على النساء أن يخبرن بحملهن؟ قلت له: فإن الكَرِيَّ يحتج بأن يقول بأن الحيض من أمر النساء، فقال مالك: والحمل من أمر النساء، والمرأة قد يكون معها زوجها فتحمل، أفلا اشترط عليها حين أكراها؟ أرى أن يحبس عليها كَرِيُّها، ولا أدري لعله تعينه في العلف. قيل: استحسان؟ قال: نعم. ولم ير عليه معونة في العلف إذا هي حاضت قبل أن تفيض، وأرى أن يحبس عليها كريها خمسة عشر يوماً. فقيل له: يا أبا عبدالله إن النساء عندنا يشترطن على الأكرياء الحج والعمرة[9] في المحرم، فإن[10] حاضت قبل أن تعتمر أترى أن يحبس كريها؟ قال: لا يحبس عليها كريها، فراجعته فلم ير ذلك عليه. قلت له: أفيوضع عنها من الكراء؟ فقال: لا أدري ما هذا؟.

(٩) في ق ١: (وعمرة) منكراً.

(١٠) في ق ١: فإذا.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم في آخر رسم طلق من سماع ابن القاسم أن الكري يحبس على المرأة إذا نفست كما يحبس في الحيضة في الحج والعمرة، وقد مضى هناك القول على [ذلك](١١) والأصل في وجوب حبسه عليها قوله عليه السلام في صفية حين قيل له: إنها قد حاضت: «لَعَلَّهَا حَابِسَتُنَا، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ إنَّها قَدْ طَافَتْ، قَالَ(١٢): فَلاَ إذَنْ». وإنما لم يحبس عليها إذا حاضت قبل العمرة التي اشترطت عليه، كما يحبس إذا حاضت قبل طواف الإفاضة في الحج، لأنها تَقْدِرُ على الخروج وترك العمرة إذ لم تهلّ بها بعد، ولا تقدر على الخروج وترك طواف الإفاضة. ولم يجب مالك في حكمها مع الكري في ذلك إذا لم يحبس عليها، وأنكر السؤال عن أن يوضع عنها قدر العمرة من الكراء، فقال: لا أدري ما هذا! إذ لا يصحّ أن تجبر على الخروج معه وتترك العمرة، وهي عليها سنة واجبة، وعند بعض العلماء فريضة لازمة ولعلها قد نذرتْها فتكون قد وجبت عليها بإجماع، فإذا لم يصح أن تجبر على الخروج مع الكري إلى بلدها وهي حائض وأبى الكري من الصبر عليها حتى تطهر فالواجب أن يفسخ الكراء بينهما فيما بقي، ويكون للمكري من كراء(١٣) قدر ما مضى، فهذا هو وجه الحكم في هذا، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن قول الله تبارك وتعالى: ﴿ ولله عَلَى النَّاسِ حجُّ الْبَيْتِ ﴾ الآية(١٤)، أذلك الزاد والراحلة؟ فقال: لا والله، وما ذلك إلا على طاقة الناس: الرجل يجد الزاد والراحلة ولا يقدر على

(١١) إضافة من ق ١.
(١٢) في الصحيحين وعند الترمذي وأبي داوود وابن ماجه وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.
(١٣) في ق ١: كرائه.
(١٤) الآية ٩٧ من آل عمران.

السير، وآخر يقدر أن يمشي على رجليه، ولا صفة في هذا أبين مما أنزل الله: ﴿ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال مالك: إنه لا صفة في ذلك أبين مما قال تعالى، فمن قدر على الوصول إلى مكة إما راجلاً وإما راكباً بشراء أو كراء فقد لزمه فرض الحج، وذلك يختلف باختلاف أحوال الناس، فقد يفتقر الرجل في الوصول إلى مكة إلى الزاد والمركوب، وقد لا يفتقر إلى واحد منهما، وقد يفتقر إلى أحدهما، فإن كان الرجل ممن لا يقدر على المشي أو يقدر عليه لمشقة تفدحه أو عيش(١٥) في بلده مما يتعذر عليه العيش منه في طريقه كالصناعة التي لا يجدها أو السؤال الذي لا يجد له موضعاً في طريقه فلا يجب عليه الحج حتى يجد الزاد والمركوب، ويلزمه أن يبيع في ذلك ما يبيعه عليه السلطان في الدين. وإن كان ممن يقدر على المشي بغير مشقة تفدحه وما يعيش به في بلده لا يتعذر عليه في طريقه من صناعة لا يعدمها أو سؤال لا يتعذر عليه فالحج واجب عليه وإن لم يَجِدْ زاداً ولا مركوباً؛ وإن كان عيشه مما يتعذر عليه في طريقه وهو يقدر على المشي فالحج واجب عليه [إذا وجد الزاد وإن لم يجد المركوب](١٦)؛ وإن كان عيشه في بلده مما لا يتعذر عليه في طريقه وهو لا يقدر على المشي فالحج واجب عليه إذا قدر على المركوب وإن لم يجد الزاد، وأما إن كان عيشه من غير السؤال وهو يقدر أن يتوصل إلى مكة بالسؤال فلا اختلاف في أن ذلك لا يجب عليه. واختلف هل يباح له ذلك أو يكره؟ فقيل: إن ذلك له [مباح، وقيل: إنه له مكروه؛ والأول قول مالك في رواية ابن عبد الحكم عنه](١٧)، والثاني قوله في سماع ابن القاسم من كتاب الصنائع(١٨) والوكالات، وقد مضى في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم القول إذا لم يجد نفقة يخلفها لزوجته وكان إن خرج رفعت أمرها

(١٥) في ق ١: وعيشه.

(١٦) ما بين العلامتين ساقط من ق ١.

(١٧) ساقط من ق ١.

(١٨) في ق ١: البضائع.

فطلقت عليه، ويأتي في سماع محمد بن خالد القول في إذا لم يجد نفقة يخلفها لولده. وما روي عن النبي عليه السلام في الزاد والراحلة معناه في البعيد الدار أو القريب الذي لا يقدر على المشي، لأن قوله عز وجل: ﴿ وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالاً ﴾(١٩) يوجب الحج على من استطاعه ماشياً، لأنه إخبار بمعنى الأمر، إذ لا فائدة في الإخبار بصفة الإتيان دون الإيجاب، ولأن شريعة إبراهيم لازمة لنا، قال عز وجل: ﴿ ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ ﴾ الآية(٢٠).

مسألة

وسئل عمن اعتمر فجاء ليلاً فطاف بالبيت وركع الركعتين وأخر السعي والحلاق حتى أصبح، فلما أصبح سعى بين الصفا والمروة ثم حلق، فقال له مالك: أبطهر واحد؟ فقال: لا، انقلبنا فنمنا، قال: بئس ما صنعتم، وأرى أن تُهدي هدياً. ولو ذكرت ذلك وأنت بمكة رأيت أن تعيد الطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة، ولو كنت فعلت بطهر واحد أجزأ عنك، وإنما يكون ذلك إذا كان الشيء قريباً. فقيل له: أفرأيت إن كان ذكر ذلك وهو بمكة بعد أن حلق؟ فقال: كنت أرى أن يعيد الطواف والركعتين والسعي بين الصفا والمروة ويحلق رأسه. قيل له: إنه قد حلق رأسه أفيعيد الحلق؟ فقال: نعم يحلق أيضاً.

قال محمد بن رشد: وعليه إذا ذكر بالقرب فأعاد الطواف والسعي والحلاقَ الدَّمُ لمكان الحلاق، ولو ذكر بالقرب قبل أن يحلق فأعاد لم يكن عليه شيء. وقوله: إنما يكون ذلك إذا كان الشيء قريباً يريد وإنما تكون الإعادة

---

(١٩) الآية ٢٧ من الحج.

(٢٠) الآية ١٢٣ من النحل.

إذا كان وضوؤه قد انتقض، ولو لم ينتقض وضوؤه لم يكن عليه إعادة على هذه الرواية، قرب أو بعد، خلاف ما مضى في سماع ابن القاسم في رسم حلق المتكرر في موضعين.

مسألة

وسئل عن المرأة المحرمة تغطي وجهها، فقال: إن كانت تغطيه من حر أو من شيء [فلا][21]، وإن كانت رأت رجالاً فغطت وجهها تريد بذلك الستر فلا أرى بذلك بأساً، وأرجو أن يكون خفيفاً.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في المدونة سواء، فإن غطت لغير الستر فعليها الفدية، لأن إحرام المرأة في وجهها. واختلف إن غطّى الرجل وجهه هل عليه الفدية أم لا على قولين، لما جاء في ذلك عن عثمان [بن عفان][22] رضي الله عنه.

مسألة

وسئل عن الذي يُحرم في الثوب فيه لمعة من الزعفران، قال: أرجو أن يكون خفيفاً.

قال محمد بن رشد: يريد ـ والله أعلم ـ اللمعة تبقى فيه منه بعد غسله فاستخف اللمعة من ذلك بعد الغسل، ولا يستخف اللمعة منه دون الغسل لأنه طيب، ولا جميعه بعد الغسل إلا أن يتغير[23] بالمشق[24] على ما المدونة.

---

(٢١) ساقط من ق ١.

(٢٢) ساقط من الأصل فأضفناه نقلاً عن ق ١ و ق ٢.

(٢٣) كذا بالأصل وفي غيره: يغير.

(٢٤) في التاج: «المشق سرعة في الطعن والضرب أو هو الضرب بالسوط خاصة، والمشق المشط، والمشق جذب الشيء ليمتد ويطول والمشق مزق الثوب...».

مسألة

وسئل عمَّن رمى الجمرة آخر أيام الرمي، ثم رجع إلى منى فأقام حتى الظهر، وقد كان أفاض يوم النحر أو بعده فلم يبق عليه شيء من أمر الحج، فقال: يصلي ركعتين، أهل منى كلهم على هذا.

قال محمد بن رشد: استخف هذا لما مضى عليه من عمل الناس، والاتباع للسلف رشدٌ وهدى.

مسألة

وسألته عن الذي يصيب الجراد وهو محرم، أيكتفي بالذي جاء من الحديث أم يحكم عليه؟ قال: بل يحكم عليه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لقوله عز وجل: ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُم ﴾(٢٥)، مع ما جاء في ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من قوله لكعب: تعال حتى نحكم في جرادة، سأله محرم عن قتلها فلم يحكم فيها وحده حتى حكم كعب معه.

مسألة

وسألته عن الذي يحرم بالحج من مكة من أين يحرم؟ قال: من جوف المسجد الحرام.[قيل: أفلا يُحرم من بيته؟ فقال: بل يحرم من جوف المسجد الحرام. قيل له: فيحرم من عند باب المسجد؟ قال: بل يحرم من جوف المسجد](٢٦).

---

(٢٥) الآية ٩٥ من المائدة.

(٢٦) ساقط من الأصل.

قال محمد بن رشد: إنما لم ير أنْ يُحرم من بيته لأن السنّة أن يكون الإحرام إثر صلاة نافلة في المسجد أقلها ركعتين(٢٧)، فإذا صلى في المسجد وجب أن يحرم من مكانه ولا يخرج إلى باب المسجد، لأن التلبية إنما معناها إجابة الله إلى بيته الحرام، فهو بخروجه من المسجد يزداد من البيت بُعداً بخلاف الخروج من مسجد ذي الحليفة أو غيره من مساجد المواقيت، لأنه بخروجه منها إلى أبوابها يزداد من البيت قرباً، فهذا وجه لقوله صحيح من جهة المعنى.

مسألة

وسألته عن المحرم أيصيدُ الثعلب أو الذيب؟ قال: لا، ثم قال: والله ما أدري أعلى هذا أصل رأيك أم تتجاهل بصيد المحرم(٢٨)؟ قلت له: ما أتجاهل ولكني ظننت أن تراه من السباع.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في الحج الثاني والسلم الثالث من المدونة في الثعلب قد نص فيها أن المحرم لا يقتل شيئاً من السباع التي لا تعدو ولا تفترس [كالهرِّ والضبع والثعلب، وأما الذيب فجعله ها هنا ممن(٢٩) لا يعدو ولا يفترس](٣٠) كالثعلب، وجعله ابن حبيب مما يعدو ويفترس كالأسد والنمر [والفهد](٣١) داخلاً في اسم الكلب العقور التي(٣٢) أبَاح رسولُ اللهِ ﷺ قَتْلَهُ فِي الْحلِّ والْحَرَم(٣٣). وقول ابن حبيب صحيح على ما يعرف من

---

(٢٧) كذا بالأصل وفي غيره: ركعتان.
(٢٨) في ق ١: الحرم.
(٢٩) في ق ١: مما.
(٣٠) ساقط من ق ١.
(٣١) ساقط من ق ١ ومن ق ٢.
(٣٢) كذا بالأصل وفي غيره: (الذي).
(٣٣) في ق ١: والإحرام.

حال الذياب عندنا، ولعلها في المشرق على خلاف ذلك لا تعدو ولا تفترس، [إذ لا اختلاف في أن الثعلب والذيب من السباع ويجوز للمُحرم قتلُها كالثعلب][٣٤]. واختلف في صغار ما يعدو ويفترس، فقيل: إن قتلها محظور تُودَى إن قُتلت وهو قول أشهب؛ وقيل: إن قتلها مكروه لا تُودى إن قتلت، وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وقول ابن حبيب في الواضحة، وقيل: إن قتلها جائز، روي ذلك عن أشهب، وقوله: ولكن ظننت أن تراه من السباع، يريد من السباع التي تعدو وتفترس ويجوز للمحرم قتلها، إذ لا اختلاف في أن الثعلب والذيب من السباع.

مسألة

وسئل عن قول رسول الله ﷺ في العمرة: «والْمَرْوَة مَنْحَر، وَكلُّ فِجَاجِ مَكَّةَ مَنْحَر، وطُرقُها مَنْحَر»[٣٥]، أرأيت من كان معه هدي واجب يسوقه في عمرة قلّده وأشعره وأصابه عطب في الطريق فنحره، قال: هذا لا يجزىء عنه، قيل له: إنه نحره في الحرام[٣٦]، قال: لا يجزىء عنه، وحد ذلك عندي [في][٣٧] الذي يجزىء عنه والذي قال صلى الله عليه فيما أرى بيوت مكة، قال: حيث البنيان، قال ﷺ: «وكل طرقها منحر، فهذه طرق مكة وليس بالصحارى». وقلت له: أرأيت إن نحره في الحرام قبل أن يدخل مكة أو عند ثنية المدنيين؟ قال: «ما أراه مجزئاً عنه، ألا ترى قول الله عز وجل: ﴿ والْهَدْيَ مَعْكُوفاً أَنْ يَبْلُغَ مَحِلَّهُ ﴾[٣٨]، وقد نحر رسول الله ﷺ

(٣٤) سقط من ق ١ ومن ق ٢.
(٣٥) هو عند مالك في الموطأ.
(٣٦) كذا بالأصل وفي غيره: الحرام.
(٣٧) لا يوجد في غير الأصل.
(٣٨) الآية ٢٥ من الفتح.

هديه بالحُديبية في الحرم. قلتُ له: نحر رسول الله ﷺ في الحرم، قال: سمعت ذلك، وقد قال ﷺ لأصحابه يوم الحديبية: «احلقوا وانحروا» فأبطأوا فذكره رسول الله ﷺ لأمّ سلمة فقالت: يا رسول الله فلو فعلت أنت ذَلكَ، فَفَعَلَ رسولُ الله [ففعلوا][٣٩].

قال محمد بن رشد: قوله وقد نحر رسول الله صلى الله عليه هديه بالحديبية في الحرم، معناه نحر هديه في الحرم إذ كان في الحديبة لأن الحديبية في الحل، لكنه لم يكن صلى الله عليه ممنوعاً من دخول الحرم، فبعث هديه من الحديبية إلى الحرم ينحر به على ما رُوي، فصحت بذلك لمالك حجة[٤٠] لما ذهب إليه من أن محل الهدي من الحرم مكةُ القريةُ نفسها ومنى [لا][٤١] جميع الحرم، لقوله عز وجل: ﴿ والْهَدْيَ مَعْكُوفاً أنْ يَبْلُغَ مَحِلَّهُ ﴾[٤٢]، وهو قد نحر بالحرم إذ لم ينحر بمكة حيث بنيان القرية. وقد ساق ابن أبي زيد هذه الرواية في النوادر سياقة فاسدة غير صحيحة على ما تأوله فيها، فقال: وروى أشهب عن مالك في العتبية أن الحديبية في الحرم، ومن صُدَّ عند مالك قبل أن يبلغ الحرم حل وحلق رأسه ونحر هديه حيث ما كان، إذ لا فرق عنده في النحر بين الحل والحرم ما لم يبلغ بيوت مكة أو مِنىً. وقد قيل: إن رسول الله صلى الله عليه إنما نحر بالحديبية في الحل لا في الحرم.

وذهب أبو حنيفة إلى أن من صدّه عذر[٤٣] عن الوصول إلى الحرم لا يجوز له أن ينحر هديه إلا بالحرم على ما روي من أن رسول الله صلى الله عليه نحر في الحرم. قال من احتج له: وكيف يجوز أن ينحر في غير الحرم؟

---

(٣٩) ساقط من ق ١.
(٤٠) في غير الأصل: (الحجة) معرفاً.
(٤١) ساقط من ق ١.
(٤٢) تقدم تخريجه قريباً.
(٤٣) كذا بالأصل وفي ق ١ و ق ٢: (عدو).

والله عز وجل يقول: ﴿ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَة ﴾(٤٤)، وأغفل قوله عز وجل: ﴿ والْهَدْيَ مَعْكُوفاً أَنْ يَبْلُغَ مَحِلَّه ﴾(٤٥) فلا وجه لقوله.

مسألة

وسألته عن المُحرم أيحضُر التزويج؟ قال: لا ينبغي ذلك.

قال محمد بن رشد: إنما كره له ذلك مخافة أن يتذكر أَمْرَ النساء فيتراقى به الأمر إلى ما يفسد حجه أو ينقص أجره، فإن حضر وسَلِمَ فقد أساء ولا شيء عليه، قالهُ أصبغ في كتاب محمد(٤٦).

مسألة

وسألته عن نكاح المحرم بعد رمي الجمرة والعقبة(٤٧)، قال: أرى أن يفسخ نكاحه.

قال محمد بن رشد: وهذا صحيح على مذهبه في أن المحرم لا يجوز له النكاح لأنه لم يخرج من إحرامه بعدُ، إذ بقي عليه الإحرام في النساء والطيب والصيد حتى يطوف بالبيت.

مسألة

[قال مالك](٤٨): والبقر إذا لم يكن لها أسنمة تُقلَّد ولا تشعر في رأيي.

---

(٤٤) الآية ٩٥ من المائدة.

(٤٥) تقدم تخريجه.

(٤٦) في ق ١ و ق ٢: كتاب ابن المواز.

(٤٧) كذا بالأصل وفي غيره: جمرة العقبة.

(٤٨) إضافة من ق ١ و ق ٢.

قال محمد بن رشد: قد مضى هذا في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، ومثله في المدونة. وحكى ابن حبيب عن ابن عمر وابن شهاب أنها تشعر وإن لم يكن لها أسنمة. وقول مالك أظهر لأنه إنما(٤٩) لم يثبت في إشعارها أثر، فلا ينقاس منها على الإبل إلاّ ذوات الأسنمة، إذ الإشعار إنما هو في السنام.

مسألة

وسئل عن الذي يتذكر حتى نزل الماء الدافق، قال: ليس عليه حج قابل ولا عمرة عليه، وعليه أن يهدي بدَنة ويتقرب إلى الله بكل ما استطاع من الخير.

قال محمد بن رشد: رواية ابن القاسم عن مالك في رسم اغتسل أصح من هذه، وقد مضى من القول هناك على ذلك ما فيه كفاية.

مسألة

وسألته عمن قتل الصيد في حرم رسول الله صلى الله عليه، أعليه جزاء؟ قال: لا يتعمد لقتله، فإن قتله فلا جزاء عليه، وكل شيء وسنته، ومن مضى أعلم ممن بقي، ولو كان هذا لسنوا فيه، والصيد فيه ثقيل ثم ثقيل.

قال محمد بن رشد: حرّم رسول الله صلى الله عليه ما بين لاَبَتَي المدينة بريداً في بريد قال: « اللَّهُمَّ إنَّ إبْراهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ وإنِّي أحَرِّمُ مَا بَيْنَ لاَبَتَيْهَا »(٥٠). واختلف أهل العلم فيمن صاد فيها صيداً، فمنهم من أوجب عليه فيه الجزاء كحرم مكة سواء، وهو قول ابن أبي ذيب حكاه الأبهري في

(٤٩) كذا بالأصل وفي غيره: إذا.

(٥٠) في الصحيحين وعند الترمذي وابن ماجه وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.

كتابه، وبذلك قال ابن نافع، وإليه ذهب عبد الوهاب، ومنهم من ذهب إلى أن من صاد فيه حلّ سلبه لمن وجده. رُوي أن سَعْدَ بن أبي وقاص وجد عبداً لقوم يصيد في حرم المدينة فأخذ سلبه، فأتاه قوم فكلموه في أن يرد عليهم سلبه فأبى وقال: إن رسول الله صلى الله عليه لما حدَّ حرمَ المدينة قال: «مَنْ وَجَدَ مَنْ يَصِيدُ فِيهِ فَلَهُ سَلَبُهُ»[٥١]، فلا أردّ عليكم طعمة أطعمنيها رسول الله، ولكن إن شئتم غرمت لكم سلبه فعلت». وذهب مالك إلى أن الصيد فيه أخف من الصيد في حرم مكة، فلم ير على من صاد فيه إلا الاستغفار والزجر من الإمام. قيل له: فهل يؤكل الصيد يصاد في حرم المدينة؟ قال: ما هو مثل ما يصاد بحرم مكة، وإني لأكرهه، فروجع فيه فقال: لا أدري، ومن الدليل لقول مالك على أن الصيد في حرم المدينة ليس كالصيد في حرم مكة ما رُوي عن عائشة أنها قالت: كان لآلِ رسولِ الله صلى الله عليه وحشٌ فإذا خرج لعِبَ واشتدَّ وأقبل وأدبر، فَإذا أحس برسول الله صلى الله عليه قد دَخَل ربَضَ فلم يترمرم كراهيته أن يوذيه. وما رُوي عن أنس بن مالك قال: كان لأبي طلحة ابنٌ من أم سليم يقال له أبو عمير، وكان رسول الله صلى الله عليه يضاحكه فدخل يوماً فرآه حزيناً، فقال: ما شأن أبي عمير؟ فقيل: يا رسول الله مات نُغَيره، فقال: «يا أبا عمير ما فعل النغير؟»[٥٢] ومثل هذا لا يباح في حرم مكة.

مَسْألة

قال أشهب: قلت لمالك فرفع الصوت بالتلبية؟ قال: نعم يرفع صوته بالتلبية، ولا أرى أن يصيح جداً حتى يعقر حلقه، ووسط من[٥٣] ذلك يجزيه إن شاء الله، وقد قال رسول الله ﷺ:

---

(٥١) هو في مسند ابن حنبل.

(٥٢) في الصحيحين وعند الترمذي وابن ماجه وأبي داوود وفي مسند ابن حنبل.

(٥٣) في ق ١: (بين) بدل (من).

«أَمَرني جِبْرِيلُ أَنْ آمُرَ أَصْحَابي أَوْ مَنْ مَعِي أَنْ يَرْفَعُوا أَصْواتَهم بِالتَّلْبِية»(٥٤).

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال مالك رحمه الله إنه ليس عليه أن يصيح بالتلبية جداً حتى يعقر حلقه، إذ ليس في الحديث أن يصيح بالتلبية بأعلى صوته، وإنما فيه أن يرفع بها صوته، فيجزيه من رفع صوته بها ما يكون إذَا فعله يسمّى رافعاً لصوته، ولا يعارض الأمرُ بـرفع الصوت بالتلبية ما رُوي من أن رسول الله ﷺ لما دنا من المدينة رفع الناس أصواتهم بالتكبير، فقال رسول الله ﷺ: «أَيُّها النَّاسُ ارْفَقُوا(٥٥) عَلَى أَنْفُسِكُم فإِنَّكُم لَا تَدْعُونَ أصمَّ ولا غائباً إِنَّ الذِي تَدْعُونَ بَيْنَكُم وَبَيْنَ أَعْنَاقِ أَكْتَافِكُم(٥٦)»، لأن هذا في غير الحج، وشأن الحج رفع الصوت فيه بالتلبية لأنها شعاره، ورُوي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه قال: سُئِلَ رَسولُ الله ﷺ أيُّ الحجِّ أفْضَلُ؟ قَالَ: «العَجُّ والثَّجُّ(٥٧)، فالعَجُّ رفعُ الصوت بالتلبية والثج نحر البُدْنِ»، فبان الحج في رفع الصوت بالتلبية فيه عما سواه.

مسألة

وسألته عن الحمار الوحشي، فقال: فيه بقرة، قلت له: أترى أن يودونها(٥٨) قبل أن يحكم عليه بها؟ قال: لا بل أرى أن يذهب حتى يحكم عليه ببقرة، وأرى في بقرة الوحش بقرة.

---

(٥٤) هو في كتاب الحج من الموطأ.

(٥٥) كذا بالأصل وفي غيره: (أربعوا).

(٥٦) كذا بالأصل ومثله في ق ٢ أما ق ١ ففيها: (ركابكم) بدل (أكتافكم) والحديث عند البخاري وفي سنن ابن ماجه وسنن أبي داوود وفي مسند ابن حنبل.

(٥٧) هو عند الترمذي وابن ماجه.

(٥٨) كذا بالأصل وفي غيره: (يؤديها).

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، ومثله في المدونة وغيرها، فإنما قال في الحمار الوحشي بقرة لقول الله عز وجل: فَجَزاءٌ مِثْلُ مَا قتل مِنَ النَّعَمَ ﴾ قرأه الكوفيون: ﴿ فَجَزاءٌ مِثْلُ مَا قتل مِنَ النَّعَم ﴾ بتنوين الجزاء ورفع مثل، وقرأ المدنيون بإسقاط التنوين، وخفض مثل على الإضافة والقراءتان راجعتان فيما يوجب الحكم إلى شيء واحد وإن اختلف المعنى فيهما لأنه يجب عليه فيما قتل على قراءة الكوفيين مثله من النعم جزاء، ويجب عليه فيما قتل على قراءة المدنيين مثل مثلِه من النعم، لأن الجزاء هو المثل، واختلف في المثل فقيل مثله في الهيئة والخلقة أن يشبه(٥٩) النعم به في ذلك، وقال في المدونة: مثله في النحو(٦٠) والعظم أي أقرب النعم إليه في ذلك. وإنما قال: إنه لا يؤدي البقرة حتى يحكم عليه بها لقول الله تعالى: ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾(٦١).

مسألة

وسألته عن الذي يفسد حجه بإصابة أهله فيحجان من عام قابل متى يفترقان؟ قال: إذا أحرما. قيل له: ولا يؤخران ذلك حتى يأتيا الموضع الذي أفسدا فيه حجهما؟ فقال: لا، وهذا الذي سمعت. قلت له: فما ترى افتراقهما أيفترقان في البيوت أم في المناهل لا يجتمعان في منهل؟ فقال: لا يجتمعان في منزل، ولا يتسايران ولا في الجحفة ولا بمكة ولا بمنى.

قال محمد بن رشد: من أهل العلم من قال إنه يُفرقُ بينهما إلى عام قابل، وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه وسعيد بن المسيب: لا يفترقان حتى يُحرما بالحج من عام قابل، وبهذا أخذ مالك، والوجه في ذلك مخافة أن

(٥٩) كذا بالأصل وفي غيره: (أي أشبه).

(٦٠) كذا هو بالأصول.

(٦١) تقدم تخريجه قريباً.

يكون اجتماعهما ذريعة إلى فساد حجها مرة أخرى.

مسألة

وسئل عن الذي يفسد حجه وهو قارنٌ بإصابة أهله فلا يجد هدياً، فقال: يصوم ستة أيام في الحج وأربعة عشر يوماً إذا رجع إلى أهله. قيل له: يقرن بين ستة؟ قال: يصوم ثلاثة ثم يفطر إن شاء ثم يصوم ثلاثة أيام بعد ذلك، وذلك في الحج يصومها ما بين أن يهل بالحج إلى يوم عرفة، وإنه ليستحب أن يؤخر ذلك رجاء أن يجد هدياً.

قال محمد بن رشد: أما قوله: إنه يصوم ستة أيام في الحج وأربعة عشر يوماً إذا رجع فمعناه إذا كان قد أهدى هدي قران الحج الذي كان أفسد حينئذ، لأنه لا يسقط عنه بإفساده، ولو كان لم يهده لكان عليه ثلاث هدايا بإجماع في المذهب، يصوم عنهن إن لم يجد هدياً تسعة أيام في الحج وأحداً وعشرين يوماً إذا رجع. وقد مضى القول على هذا في رسم مرض من سماع ابن القاسم. وأما قوله: أن يصوم ثلاثة ثم يفطر إن شاء، ثم يصوم ثلاثة أيام بعد، فظاهره أنه يلزمه أن يتابع كل ثلاثة أيام منها وهو خلاف مذهب مالك في المدونة مثل قول ابن حبيب، وقال ابن وهب: يفرد صوم كل هدي فيصوم ثلاثة ثم سبعة، ولا يفرق بين الثلاثة والسبعة، وهذا على القول بأن له أن يصوم السبعة الأيام في الحج.

وقول مالك على أنه لا يجوز له أن يصومها في الحج، ولذلك قال: إنه يتابع الستة الأيام عن الهديين، لأنه لو لم يفعل ذلك لصام الثلاثة الأيام عن الهدي الثاني في غير الحج فقف على ذلك. وأما قوله: إنه يصومها ما بين أن يُهل بالحج إلى يوم عرفة فالاختيار أن يصوم السادس والسابع والثامن ولا يصوم يوم عرفة ليقوى على الدعاء، فإن لم يصم السادس فيصوم السابع والثامن والتاسع وهو يوم عرفة، ولا ينبغي له أن يؤخر عن ذلك، فإن لم يصم

السابع صام الثامن والتاسع وأفطر يوم النحر وصام يوماً من أيام التشريق على مذهب مالك في المدونة في إجازة تفرقة الثلاثة الأيام. وعلى ما ذهب إليه ابن حبيب، وهو ظاهر هذه الرواية لا يصوم حتى يذهب يوم النحر فيصوم بعده ثلاثة أيام متتابعات.

وأما قوله: وإنه ليستحب أن يؤخر ذلك رجاء أن يجد هدياً، فلا يخلو أمره من ثلاثة أحوال:

أحدُها: أن يكون يائساً من أن يجد هَدْياً قبل يوم النحر بثلاثة أيام، فهذا له أن يصوم ولا يستحب له التأخير، فإن صام ثم وجد هدياً من حيث لم يكن ظن به لم يجب عليه الهدي.

والثاني: أن يكون يعلم أنه يجد الهدي قبل يوم النحر بثلاثة أيام، فهذا لا يصوم، وإن صام لم يجزه صيامه ووجب عليه الهدي.

والثالث: أن يكون شاكاً في وجود الهدي فهذا هو الذي يستحب له أن يؤخر رجاء أن يجد الهدي(٦٢)، فإن صام ثم وجد الهدي أجزأه صيامه ولم يكن عليه أن يهدي على مذهب ابن القاسم، ولم يجزه على مذهب ابن حبيب ووجب عليه الهدي، وهذا على اختلافهم في الذي يصلي بالتيمم ولا علم له بالماء ثم يجد الماء في الوقت.

مسألة

وسئل عن الطائف بالبيت يمشي مشيه الذي كان يمشي أم يسرع؟ قال: إن أحب أن يسرع في مشيه فذلك له، وإن أحب أن يتأيد(٦٣) في مشيه فلا بأس بذلك، وربما أسرع الإنسان لحاجة عرضت له.

---

(٦٢) في ق ١: رجاء أن يهدي.

(٦٣) كذا بالأصل وفي ق ٢: (يتئد) وعليه علامة: (صح).

قال محمد بن رشد: قوله: إنّ له أن يُسْرِع، معناه ما لم يبلغ إسراعه أن يكون خبباً ليلاً يكون قدر رمل الأشواط السبعة وذلك مخالف للسنة.

مسألة

وسئل عن المعتمرين يهديان شاتين فيدخلان بعمرة فيعدو كلٌّ واحد منهما على شاة صاحبه فيذبحها عن نفسه وهو لا يعرف ذلك، قال: لا أرى ذلك يجزي عنهما، وأرى لكل واحد منهما على صاحبه قيمة شاته، ويشتري كل واحد منهما لنفسه شاةً فيخرجها إلى الحِلِّ ثم يدخلها الحرم في عمرة، وإن لم يعتمر أجزأ عنه إن شاء الله ثم يذبحها. ولو ذبح أحدهما شاة صاحبه عن نفسه لم أر ذلك يُجزىء عنه، ورأيت أن يذبح شاته التي أوجبها ويغرم لصاحبه قيمة شاته فيشتري بها شاة فيخرجها إلى الحل ثم يدخلها الحرم فيذبحها، والشاة المذبوحة التي ذبحها وليست له شاة لحم لا تجزىء عن واحد منها ويشتري شاة فيذبحها.

قال محمد بن رشد: قال في هذه الرواية: إن من ذبح هدي غيره عن نفسه على سبيل الغلط إنه لا يجزىء عن واحد منهما.

وقال في المدونة: إنه يجزىء عن صاحبه لأنه قد وجب بالتقليد والإشعار. وذهب محمد بن المواز وهو أحد قولي أشهب إلى أنه يجزىء عن ذابحه إذا أغرمه صاحبه فيه القيمة ولم يأخذ اللحم. وأما الضحايا إذا أخطأ الرجل فيها فذبح أضحية غيره عن نفسه فلا تجزىء عن صاحبها باتفاق، واختلف هل تجزىء عن ذابحها إذا اغترمه ربها القيمة ولم يأخذ اللحم، فروى عيسى عن ابن القاسم في كتاب الضحايا أنها لا تجزىء عنه. وقال محمد بن المواز: تجزىء عنه وهو قول أشهب، لم يختلف قوله في ذلك كما اختلف قوله في الهدايا. وفرّق ابن حبيب بين أن يأتي صاحبها واللحم قائم بيد الذابح، أو بعد فواته، فقال: إنه إذا جاء واللحم قائم بيده فلا يجزيه وإن

أغرمه القيمة، لأنه قد كان له أن يأخذ اللحم إن شاء، وهو قول حسن له حظ من النظر يدخل بالمعنى في مسألة الهدايا، فيأتي فيه أربعة أقوال. فهذا تحصيل الاختلاف في هذه المسألة، وأصَحُّ(٦٤) ما في ذلك أنه لا(٦٥) يجزىء في الهدايا عن واحد منهما، لا عن صاحبه لأنه قد نحره غيره عن نفسه فلم يكن له هو نية في نحره، ولا يجزىء عملٌ بغير نية لقوله عليه السلام: ﴿ الأعْمَالُ بِالنِّيَات ﴾(٦٦)، ولا عن الذي نحره لأنه قد وجب هدياً لغيره بالتقليد والإشعار؛ وأن يجزىء في الضحايا عن الذابح إذا أغرمه ربها القيمة ولم يأخذ اللحم، كما لو أعتق رقبة عن ظهار عليه فاستحقت فأجاز ربها البيع وأخذ الثمن. وتفرقة ابن حبيب بين أن يضمنه القيمة واللحم قائم أو غير قائم استحسان وبالله تعالى التوفيق.

ومن كتاب الحجّ

وسئل عن جلال البُدن أحب إليك أن تشق على(٦٧) الأسنمة أم لا؟ قال: إن ذلك لمن أمر البُدْنِ أن يشق الجلال عن أسنمتها وذلك يحبسه عن أن يسقط، وما علمت أن أحداً كان يدع ذلك إلا عبدالله بن عمر فإنه لم يكن يشق، ولم يكن يجلّل حتى يغدو من منى إلى عرفات فيجلّلها(٦٨). قال مالك: وذلك أنه كان يجلل الجلل(٦٩) [المرتفعة](٧٠) والأنماط المرتفعة. قيل: وإنما كان يفعل ذلك استبقاءً للثياب، قال: نعم إنه كان يدع ذلك استبقاءً للثياب عندي، فأحب إليّ إذا كانت الجلل مرتفعة أن يدع ذلك ولا يشق منها شيئاً، وإن

(٦٤) في ق ١، وأصلح.
(٦٥) في ق ١: (ألا).
(٦٦) هو في الصحيحين، وعند النسائي وابن ماجه وأبي داوود.
(٦٧) في ق ٢: عن.
(٦٨) في ق ٢: فيحلل بها.
(٦٩) في ق ١: الجلال.
(٧٠) ساقط من ق ١.

كانت ثياباً دوناً فشقها أحب إليَّ وذلك من أمر الناس في البدن ومما تعرف به، وأرجو أن يكون ذلك في سعة(٧١).

قال محمد بن رشد: ليس التجليل بواجب في الهدايا كالتقليد والإشعار، لكنه مِمَّا يستحب العمل به، [ومما يستحب](٧٢)، ومن الاستحباب فيه إن كانت الجلال مرتفعة أن لا يشق عن الأسنمة وأن يؤخر تجليلها إلى عِنْدِ الغدو من منى إلى عرفة كما جاء عن عبدالله بن عمر، وقد رُوي عنه أنه كان يجلل بدنه من ذي الحليفة بالرباط(٧٣) وكان يشقها عن الأسنمة ويعقد أطرافها على أذنابها عن البول، وينزعها عنها في المناهل لئلا يفسدها(٧٤) بالتمرغ، فإذا غدا من منىً إلى عرفة جللها بالجلال والقباطي والأنماط المرتفعة، فإذا انصرف بها إلى منى يوم النحر نزع جلالها قبل أن يصيبها دمها، ثم يبعث بها إلى الكعبة، فلما كُسيت الكعبة هذه الكسوة قصر في الجلال واقتصر على الرياط، وكان يتصدَّق بها. وهذا مستحب في(٧٥) الفعل لأهل السعة والطَّوْل.

مسألة

وسمعته يسأل: (٧٦) أتخرج المرأة تريد الحج مع خَتَنِها؟ قال: تخرج مع جماعة الناس.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله إنه لم ير أن تخرج مع ختنها دون

(٧١) كذا بالأصل وفي ق ١: (أن يكون ذلك سعة) وفي ق ٢ (أن يكون في ذلك سعة).
(٧٢) في ق ١: يوجب.
(٧٣) كذا هو بالباء في الأصل وفي غيره: الرياط بالياء وهو جمع ريطة والريطة كل مُلاءة ذات لفقين، ويسمى أيضاً كل ثوب رقيق ريطة.
(٧٤) في غير الأصل: تفسدها.
(٧٥) في غير الأصل: (من) بدل (في).
(٧٦) في ق ١: وسئل...

جماعة الناس لأنه ليس من ذوي محارمها، إذ قد كانت له حلال[٧٧] قبل أن يتزوج ابنتها. ومثل هذا في سماع ابن القاسم من كتاب النكاح كراهية[٧٨] السفر للرجل مع زوجة أبيه أو ابنه. وحمل مالك رحمه الله قوله عليه السلام: «لا تُسافِرُ المَرْأَةُ مَسِيرةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إلاَّ مَعَ ذِي مَحْرَم مِنْهَا»[٧٩] على السفر المباح والمندوب إليه دون السفر الواجب، بدليل إجماعهم على أن المرأة إذا أسلمت في بلاد[٨٠] الحرب لزمها أن تخرج إلى بلد الإسلام وإن لم يكن معها ذو محرم منها، فأوجب على المرأة الحج وإن لم يكن لَهَا ذو محرم يحجّ بها خلافاً لأهل العراق في قولهم: إن فرض الحج منسقط عنها بعدم ذي[٨١] المحرم في محله، وقول مالك أصح لأنه يخصص من عموم الحديث الهجرة من بلاد الحرب بالإجماع ويخصص [حج][٨٢] الفريضة بالقياس على الإجماع، وذلك بَيِّنٌ على أصولهم في وجه القياس.

ومن كتاب الحجّ

وسئل: أيستظل المحرم في محمله؟ قال: لا، قيل: أفتستظل المرأة؟ قال: نعم، تستظل هي تلبس الخمار والثياب. قيل له: أيستظل الرجل إذا كان عديلها؟ فقال: لا، قيل له: أفَيَضْحَى هو وتستظل هي؟ قال: نعم. قيل له: أفيستظل المحرم تحت المحمل وهو سائر؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: أجمع أهل العلم على أن الرجل المحرم لا يجوز له

(٧٧) كذا بالأصل وفي ق ٢: حلالا.

(٧٨) في ق ١: كراهة.

(٧٩) هو في الصحيحين وعند ابن ماجه وأبي داوود وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.

(٨٠) في غير الأصل: (بلد) بالإفراد.

(٨١) في غير الأصل: ذوي.

(٨٢) إضافة من ق ١ ومن ق ٢.

أن يغطي رأسه في إحرامه، وأجمعوا على أنه يجوز له أن يستظل وهو نازل بالأرض في مثل القبة والفسطاط على ما جاء في الحديث من أن رسول الله ﷺ أَمَرَ في غُدُوهِ مِنْ مِنىً بِقُبَّةٍ تُضربُ له مِنْ عَرَفة بِنَمِرَةَ(٨٣). واختلفوا هل يجوز له أن يستظل في محمله أو هو سائر بشيء يرفعه على رأسه، فمنهم من أجاز ذلك له قياساً على جواز الاستظلال له في الأرض، وذهب مالك إلى أن ذلك لا يجوز له قياساً على تغطية رأسه ورأى عليه الفدية إن فعل ذلك كتغطية رأسه سواء، ولم يراع الاختلاف في ذلك، فعلى هذا يأتي قوله في هذه الرواية: إنه لا يجوز له أن يستظل في المحمل وإن كان عديلاً للمرأة أو المريض بظل يعمل عليه لهما. وقد رُوي عن مالك أنه راعى الاختلاف في ذلك فاستحسن الفدية لمن استظل في محمله من غير ضرورة ولم يوجبها عليه، وأجاز له الاستظلال فيه ابتداء إذا اضطر إلى ذلك بكونه عديلاً للمرأة فيه أو للمريض، وقع ذلك له في كتاب ابن شعبان، وأجاز له أن يستظل تحت المحمل وهو سائر لأنه يسير إذ لا يمكنه إدامة المشي تحته أبداً.

مسألة

وسئل عن الرجل يقدم مكة بالجارية يريد بيعها فتناشده الله أن يدعها تحرم، قال: يفعل، فقيل له: إن ذلك يغيرها وينقص من ثمنها، فهل عليه شيء إن منعها(٨٤)، قال: خير لك ألا تمنعها.

قال محمد بن رشد: هذا مما(٨٥) لا إشكال فيه أنه خير له أن لا يمنعها لأنه يؤجر في ذلك، فإذا استسهل نقصان ثمنها(٨٦) في جانب ما يدخل عليه من الأجر في إحرامها فقد فعل ما هو خير له، وإن لم يفعل فلا إثم عليه في ذلك ولا حرج.

(٨٣) لم أقف عليه.
(٨٤) في غير الأصل فهل عليّ شيء إن منعتها.
(٨٥) في غير الأصل: (ما) بدون (من).
(٨٦) في غير الأصل: (قيمتها) بدل (ثمنها).

مسألة

وسئل عن قارن ساق معه الهدي فوقف بعرفة ثم ضل هديه يوم النحر أيحل يوم النحر قبل أن يبدل هديه الذي ضل منه؟ قال: نعم يحل قبل أن يبدله، أرأيت لو مات هديه فإن هذا يقول لعله يجده أليس يحل؟!.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله أنه ساوى بين الذي ضل هديه يوم النحر وبين الذي مات هديه، وهما يفترقان في الاختيار، لأن الذي ضل هديه وهو يرجو أن يجده يؤخر حلاق رأسه ما بينه وبين زوال الشمس ليقدم النحر قبل الحلاق إذ هي السنة لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُؤوسَكُم حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾(٨٧)، فإذا خشي زوال الشمس حلق مخافة أن يؤخر إلى بعد الزوال فلا يجد الهدي فتفوته الفضيلتان جميعاً الحلاق قبل الزوال والذبح قبل الحلاق، فليس الكلام على ظاهره لأن فيه تقديماً وتأخيراً. وتقديره قال: نعم يحل قبل أن يبدله أرأيت لو مات هديه أليس يحل، ويبقى قوله فإن هذا يقول لعل هذا يجده دون جواب، والجواب ما قدمناه من أنه يؤخر حلاق رأسه ما لم تزل الشمس. وإنما تستوي المسألتان في أنه يحل يوم النحر ولا يؤخر حلاق رأسه ما لم تزل الشمس فيها جميعاً إلى بعد يوم النحر، وإلى الأعلام بذلك قَصَد إذْ إنما سأله السائل عن الذي ضل هديه يوم النحر، فأخبر أنه يحل يوم النحر كما يحل الذي مات هديه، ولم يسأله في أي وقت من النهار يحل، ولو سأله عن ذلك لأمره أن يؤخر حلاق رأسه ما بينه وبين زوال الشمس إن كان يرجو أن يجده كما قال في المدونة، فهذا بيان هذه المسألة.

مسألة

وسئل عن المحرم يغتسل أيجفف رأسه بثوب وهو محرم؟ قال:

---

(٨٧) الآية ١٩٦ من البقرة.

لا، ولكن يحركه بيده.

قال محمد بن رشد: إنما كره له ذلك مخافة أن يجففه بشدة فيقتل في ذلك دواب رأسه، ولو جففه برفق لا يخشى أن يقتل ذلك من دواب رأسه شيئاً لم يكره ذلك له والله أعلم.

مسألة

وسئل عن الذي يدفع من عرفة حتى يأتي المزدلفة أيؤخر المغرب والعشاء حتى يُحُطّ رحله، أو يحطّ عن رحله بعد؟ قال: الرحلُ الخفيف فلا أرى به بأساً أن يبدأ به قبل الصلاة، وأما المحامل والزوامل فإن بدأ بها كان الذي يفوته من فضل الوقت المستحب أكثر من فضل إراحة الإبل من أحمالها، فلا أرى ذلك، وأرى أن يبتدىء بالصلاتين ثم يحط عن رحله.

قال محمد بن رشد: وجه هذه التفرقة بَيِّنٌ، لأن الرحل الخفيف لا يفوته بالاشتغال به وقت الصلاة المستحب، فيبدأ به ليريح البعير من حمله فيؤجر بذلك؛ وأما المحامل والزوامل فإن بدأ بها كان الذي يفوته من فضل الوقت المستحب أكثر من فضل إراحة الإبل مِن أحمالها.

مسألة

وسئل عن المُحرمة تقيم أياماً ثم تريد أن تنظر إلى وجهها، فقال: لا، فقيل له: أفتكرهه؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: إنما كره ذلك لها مخافة أن ترى شعثاً فتصلحه، وقد مضى ذلك في رسم اغتسل.

مسألة

وسئل أيستظل المحرم بيده هكذا؟ قال: لا بأس بذلك،

ووضع يديه فوق حاجبيه يستر بهما وجهه.

قال **محمد بن رشد**: إنما استخف ذلك ليسارته كما استخف في أول هذا الرسم للرجل المحرم المشي تحت المحمل إذ لا يدوم ذلك، بخلاف الذي يرفع فوق رأسه ثوباً وشيئاً يستظل به. وله أن يرفع فوق رأسه شيئاً يقيه المطر. واختلف هل له أن يرفع فوقه شيئاً يقيه من البرد، فوسع في ذلك مالك في رواية ابن أبي أُوَيس عنه [ولم ير ذلك له ابن القاسم في رواية عيسى عنه](٨٨) في المدنيّة أيضاً وفي المَدَنيّة لمالك أن المحرم له أن يستر وجهه بيده وليس له أن يضعه على رأسه من شدة الحر.

مسألة

وسئل عن الذي يطوف بالبيت فيطلع عليه الفجر فيخاف أن تقام الصلاة قبل أن يفرغ من طوافه فلا يقدر أن يركع ركعتي الفجر، أترى أن ينصرف فيركعهما ثم يرجع فيبني على طوافه؟ قال: ما سمعت أحداً صنع [مثل](٨٩) هذا. قيل: ولا ترى أن يركعهما؟ قال: بلى، إن كان الطواف تطوعاً فأرى أن يركعهما ثم يرجع فيبني على طوافه، وما أنا له بالنشيط، وما سمعت أحداً قطع الطواف، وماله دخل الطواف؟ فقيل له: إنما دخل قبل الفجر، فقال: لا ولكنه قد علم أن ذلك قد تقارب، قيل له: أفأُحبُّ إليك إذا خاف أن يطلع عليه الفجر قبل أن يقضي طوافه أن لا يدخل في الطواف وأن يجلس حتى يصلي؟ قال: نعم. فقيل له: فإنه قد دخل في الطواف، قال: فأرى أن ينصرف فيركع ركعتي الفجر إذا كان في الطواف الذي ليس بواجب.

---

(٨٨) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل.

(٨٩) ساقط من الأصل.

قال محمد بن رشد: الطواف بالبيت صلاة لا يكون إلا على طهارة إلا أنه أُبيح فيه الكلام والشغل اليسير، فلا يصح لأحد أن يترك طوافه الواجب لشيء من الأشياء إلاَّ إلى صلاة الفريضة، واستخفَّ له أن يترك طواف النافلة لصلاة النافلة كما استخف له أن يترك الطواف الواجب لصلاة الفريضة، وإن كان الاختيار له أن لا يفعل شيئاً من ذلك، فلا ينبغي للرجل أن يدخل في الطواف إذا خشي أن تقام الصلاة قبل أن يفرغ من طوافه ولا أن يدخل في طواف التطوع إذا خشي أن تفوته ركعتا الفجر إن أكمل طوافه.

مسألة

وسئل عن الذي يُفيض يوم النحر في يوم جمعة فيفرغ من طوافه ثم يريد أن يقيم حتى يصلي الجمعة، قال: ما سمعته، فقال: أحب إليك أن يرجع إلى منى؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: إنما استخف ذلك لأنها السنة من فعل النبي عليه السلام، أفاض يوم النحر صدر النهار ثم رجع فصلى الظهر بمنىً. وقد رُوي أنه إنما أفاض آخر النهار. وقد تقدم هذا في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم.

مسألة

وسئل عن المُحرم يرى القملة في ثوبه أترى أن يأخذها فيضعها منه في موضع آخر؟ قال: أرجو ألا يكون بذلك بأساً[٩٠]، قيل له: فالمحرم[٩١] يرى القملة في ثوبه أو جلده فيأخذها منه فيضعها في مكان آخر أو في الأرض؟ قال: ليس هكذا قلت؛

(٩٠) كذا بالأصل، وفي غيره: بأس.
(٩١) في ق ١: قيل له: قلت في المحرم... ومثله في: ق ٢.

ولكن يأخذها فيضعها في موضع آخر من ثوبه أو جلده.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن وضعها في الأرض بمنزلة القتل لها، إذ لا تعيش فيه لأنها ليست من دواب الأرض. وأما إذا وضعها في موضع آخر من ثوبه أو جلده فهو كمن طَرَدَ صيداً في الحرم من موضع إلى موضع آخر ولم يخرجه منه فلا شيء عليه في ذلك.

مَسْألة

وسئل عن المحرم أيضع ثوبه على أنفه من رائحة الجيفة؟ قال: إني أرجو أن لا يكون به بأس.

قال محمد بن رشد: قوله إني لأرجو أن لا يكون به بأس كأنه يدل على أن الأحسن ألّا يفعل ذلك، ولا معنى لاختيار ذلك، إذ ليس المحرم متعبداً باستنشاق الروائح القبيحة ولا له في ذلك قربة، وقد قال ابن القاسم في رسم حلف الأول من سماع ابن القاسم: إنه يفعل ذلك، فعبارته هناك أحسن من هذه.

مَسْألة

وقال مالك: زعموا أن عبد الرحمان بن عوف اتّبعه رجل في الطواف أي حول البيت فرآه يكثر من قوله اللهم قني شح نفسي، فلما فرغ قال له الرجل: رأيتك تطوف فتقول اللهم قني شح نفسي، فقال: إن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿وَمَنْ يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فأُولئِك هُمُ الْمُفْلِحُون﴾(٩٢).

---

(٩٢) الآية ٩ من الحشر.

قال محمد بن رشد: رضي الله عن عبد الرحمان بن عوف[٩٣]، فإن الذي دعا به أحسن ما يُدعى به، لأن فيه جماع الخير كله من بذل المال في ذات الله تعالى، وإتعاب الأنفس والجوارح في العبادات كلها من الصيام والصلاة والحج والجهاد وسائر أعمال الطاعات، لأن في تقصير العبد في شيء من ذلك إبقاءً على نفسه وترفيهاً له عنها، فإذا لم يشح بنفسه وجسمه في ذلك بلغ الغاية في جميع الأعمال والعبادات، كما أنه إذا لم يشح بماله بذله لله في مرضاته.

مسألة

قال: وقال رسول الله ﷺ: «لَيُهِلَّنَّ ابنُ مَرْيَمَ بِفَجِّ الرَّوْحَاءِ حَاجّاً أو معتمراً أو لَيَثْنِيَنَّهُمَا»[٩٤]، قال مالك: أراد في رأيي ليجمعنهما.

قال محمد بن رشد: قد أعلم الله عز وجل في كتابه الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه أن عيسى بن مريم ما قُتل ولا صُلب، وأنَّ الله رفعه إليه، أخبر النبي عليه السلام إخباراً وقع العلم به أنه سينزل في آخر الزمان حكماً عدلاً فيكسر الصليب ويقتل الخنزير ويضع الجزية، ويفيض المال حتى لا يقبله أحد. وفي بعض الآثار: فيُهلك الله في أيامه الملل كلها فلا يبقى إلا الإسلام، وتقع الأَمَنَةُ في الأرض حتى يرتع الأسد مع الإبل، والنمور مع البقر، والذئاب مع الغنم، والغلمان بالحيات فلا يضر بعضهم بعضاً، فهذه الأحاديث يعضد بعضها بعضاً ويشهد بصحته ما حكاه مالك عن النبي عليه السلام.

---

(٩٣) في ق ١: ما قال مالك رحمه الله عن عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه حسن فإن الذي...

(٩٤) هو عند مسلم وفي مسند ابن حنبل.

مسألة

وسئل عن الحاج يدْخل المسجد الحرام فيريد أن يبدأ بركعتين قبل الطواف بالبيت، قال: بل يبدأ بالطواف بالبيت أحبُّ إليّ. قيل له: أيبدأ بالطواف بالبيت أحب إليك؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: إنما آستحب ذلك لأن السنة من فعل رسول الله ﷺ في حديث جابر أَنَّهُ لَمَّا أَتَى ﷺ البَيْتَ اسْتَلَمَ الرُّكْنَ فَرَمَلَ ثَلاثاً ثم مشى أربعاً ثُمَّ تَقَدَّمَ إلى مقام إبراهيم فَقرأ واتَّخِذُوا مِنْ مَقَامِ إبْراهِيمَ مُصَلًّى فَجَعَل المقامَ بَيْنَهُ وبَيْنَ القِبْلَةِ وصلَّى رَكْعَتَيْن ثُمَّ رَجَعَ إلى الرُّكْنِ فاسْتَلَمَهُ ثمَّ خَرَج من الْبَابِ إلى الصَّفَا فقال: نَبْدَأُ بِمَا بَدَأَ الله بهِ فَبَدأ بِالصَّفا(٩٥).

مسألة

وسئل عن الذي يترك استلام الركن فلا يستلمه حتى ينصرف أعليه شيء أم لا؟ قال: لا.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، ومثله في المدونة. ومن الدليل على أن استلامه ليس من واجبات الحج قوله عليه السلام لعبد الرحمان بن عوف كَيْفَ صَنَعْتَ يا أبَا مُحَمَّدٍ في اسْتِلَام الرُّكْنِ فَقَالَ: أسلَمْتُ(٩٦) وتَرَكْت فقال له رسولُ الله ﷺ أَصَبْت(٩٧).

مسألة

وسئل عن الذي يفوته الحج فيقيم على إحرامه ذلك إلى حج

(٩٥) انظر فيه صحيح مسلم وسنن الترمذي وسنن ابن ماجه وسنن النسائي والموطأ ومسند ابن حنبل.

(٩٦) كذا بالأصل، والصواب: استلمت كما في ق ١ و ق ٢.

(٩٧) لم أقف عليه.

قابل أيكون عليه الهدي؟ قال: نعم، في رأيي يحتاط بذلك. قلت له: فأحب ذلك إليك أن يقيم محرماً على حجه أم يحل ويهدي قابلاً؟ قال: بل أحبّ إليّ أن يحل ويحج قابلاً ويهدي. قلت له: ذلك أحب إليك؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: لم ير عليه في المدونة هدياً إذا أقام على إحرامه فحج به من قابل، وهو القياس، لأن الهدي إنما أوجبه الله على من تمتع بالتحلل بالعمرة إلى الحج حيث يقول: ﴿ فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾(٩٨)، وقوله عز وجل: ﴿ فإنْ أُحْصِرْتُم فما اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾(٩٩) معناهُ عند مالك أن يتمتع(١٠٠) بالعمرة إلى الحج على ما بيَّن تعالى بعد ذلك بقوله: ﴿ فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ ﴾ الآية، فالهدي الأول هو الثاني عنده، عند غيره من أهل العلم الهدي الأول يحل له به حلق الشعر ولبس الثياب بموضعه إذا وصل الهدي إلى مكة فنحر بميعاد يضربه له، والهدي الثاني يجب عليه إذا تحلل بعمرة فحل من جميع إحرامه قبل العام المقبل، فلا وجه للاحتياط للهدي إذا لم يتحلل بعمرة وبقي على إحرامه إلى قابل فحج به إلا مخافة أن يكون لطول الإحرام لم يخلص مما يوجب عليه الفدية بالصيام أو الصدقة أو النسك، فرأى في ذلك الهدي احتياطاً لأن من قلد النسك وجعله هدياً لم يضره ذلك، فمن الاحتياط على هذا أن لا يأكل منه، ووجه استحسانه(١٠١) أن يتحلل بعمرة ولا يبقى على إحرامه الأخذ بالرخصة والتخفيف وترك التشديد على نفسه، لأن بقاءه على إحرامه إلى عام آخر أمر شاق شديد، فكرهه له كما كره الاعتكاف مخافة ألا يفي بالواجب عليه في ذلك لشدته، وكما نهى النبي ﷺ عن الوصال لشدته.

---

(٩٨) الآية ١٩٦ من البقرة.

(٩٩) الآية ١٩٦ من البقرة.

(١٠٠) كذا بالأصل وفي غيره: (إن تمتعتم).

(١٠١) كذا بالأصل وفي غيره: (استحبابه).

مسألة

وسئل عن الركوع في البيت الحرام أيركع في أي نواحي البيت شاء مستقبلاً[١٠٢] المشرق والمغرب؟ قال: لا بأس بذلك. ثم قيل له أيضاًبعد: أيصلي المرء في البيت إلى أي ناحية شاء؟ قال: لا، بل أحب إليّ أن يجعل الباب خلف ظهره ثم يصلي في أي نواحيه شاء إذا جعل الباب خلف ظهره واستقبل بوجهه فصلى تلقاء وجهه، وهو الوجه الذي صلى إليه رسول الله ﷺ ،وهو الوجه الذي يصلي إليه الأئمة ويؤمه أهل مني. قيل له: ولا يصلي إلى أي نواحيه شاء؟ قال: لا أنهى عنه، وأحبُّ إليَّ أن يجعل الباب خلفه، وكذلك فعل رسول الله ﷺ.

قال محمد بن رشد: من صلّى في داخل البيت فهو مستقبل لبعض البيت مستدبر لبعضه كيفما صلّى، فلذلك رأى مالك أولاً أن يصلي فيه إلى أي نواحيه شاء، إذ لا فرق بين ذلك في النظر، ثم استحب بعد ذلك أن يصلي فيه إلى الناحية التي جاء أن النبي ﷺ صلى إليها من غير إيجاب.

مسألة

وسئل عن الذي يأتي عشية عرفة قبل الغروب مكة فيخرج يريد عرفة فتغرب عليه الشمس أيصلي مكانه أم يؤخر الصلاة حتى يقف بعرفةوينصرف إلى المزدلفة؟ فقال: ما له يؤخر؟ لا، بل يصلي كل صلاة لوقتها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن السنة في جمع الصلاتين إنما هي لمن دفع من عرفة إلى المزدلفة لا لمن كان سائراً إلى عرفة.

---

(١٠٢) في غير الأصل: مستقبل المشرق على الإضافة.

مسألة

وسألته عن قول عبدالله بن عباس مَنْ نسي مِنْ نُسكه شيئاً أو تركه فليهرق دماً، أليس ترى هذا هدياً؟ فقال لي: منه ما يكون هدياً ومنه ما يكون دماً ليس بهدْي، فما كان من فدية الأذى فكان دماً، وما كان من هذا الآخر فهو هدي. فقلت له: وما يكون منه هدْي مِمَّا ليس بهدْي؟ فقال لي: أما ما كان من وجه الفدية(١٠٣) مثل نتف الشعر وما أشبهه، فإن ذلك إذا كان دماً ليس بهدْي وإنما هو الفدية(١٠٤)، وأما ما كان منه نقصاً للحج مثل أن ينسى رمي الجمار أو ينسى أو يترك من أمور الحج ففي ذلك الهدي، كل دم أمر به في ذلك فهو هدي.

قال محمد بن رشد: تفسير مالك رحمه الله لحديث ابن عباس بعيد من ظاهره، لأنه إنما قال من نسي من نسكه شيئاً أو تركه فلا مدخل في ذلك للفدية. وإنما هو الهدي، لأن الفدية إنما هي فيما يفعل المحرم مما أمر باجتنابه من لبس الثياب وحلق الشعر وإلقاء التفث، لا لمن ترك شيئاً من مناسك الحج التي أمر بها، ألا ترى أن من حلق رأسه افتدى، ومن ترك حلق رأسه أهدى، لأنه في حلق رأسه فعل ما أمر باجتنابه، وفي ترك حلق رأسه ترك ما أمر به من نسكه، وهذا بَيِّنٌ.

والفرق بين الدم لفدية الأذى وبين الهدي أن الدم لفدية الأذى لا يقلد ولا يشعر، ومن شاء قلده وأشعره، ولا يوكل منه بحال ويذبحه حيثما شاء من البلاد، وهو مخير فيه بين الصيام والإطعام والدم. والهديُ يقلَّد ويُشعر ويجمع فيه بين حلٍّ وحرم ولا يُنْحَر إلا بمكة أو بمنى، ويوكل منه تطوعاً كان أو واجباً إذا بلغ محِلَّه، إلا أن يكون نذره للمساكين أو يكون هدي جزاء صيد، ولا

---

(١٠٣) في ق ١: (الهدي) بدل (الفدية).

(١٠٤) في ق ١ أيضاً: (الهدي) بدل (الفدية).

يُجزىء عنه الإطعام بحال ولا الصيام، إلا أن لا يجد الهدي فيصوم عشرة أيام، الثلاثة منها في الحج في هدي التمتع والقران باتفاق، وفيما سوى ذلك على اختلاف قد مضى تحصيله في رسم حلف الأول من سماع ابن القاسم.

مسألة

وسئل عن الذي يمسك بيد امرأته وهو محرم، فقال: رب رجل، فقيل: رب رجل ماذا؟ فقال: إذا أمن على نفسه ولم يخف شيئاً فلا أرى بذلك بأساً. قد كان سالم بن عبدالله يسافر هو وامرأته جميعاً إلى الحج هي على راحلة وهو على أخرى ويمر به الناس فيسلمون عليه وهي معه.

قال محمد بن رشد: أباح له ها هنا أن يمسك بيد امرأته إذا أمن على نفسه ولم يخف شيئاً في ذلك أي إذا أمن على نفسه أن يلْتَذَّ بذلك، إذ لا يباح له الالتذاذ بشيء من امرأته بخلاف الصيام. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه لا يمسها ولا يقربها إلا أن يلجأ إلى ذلك، إذ ليست تستطيع الركوب، وهذا أظهر، لأن المُحرم لا يجوز له أن يتلذذ بشيء من امرأته فلا يأمن الالتذاذ في ذلك، وإن أمن ما وراءه من الإنعاظ والمذي.

مسألة

وسئل عمن طاف قبل الفجر سبعاً ففرغ منه بعد الفجر وخاف أن تقام الصلاة أيبدأ بركعتي الطواف أم ركعتي الفجر؟ قال: يبدأ بركعتي الطواف.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في أول رسم اغتسل من سماع ابن القاسم.

مسألة

وسئل عمن طاف بالبيت فأقيمت صلاة العصر قبل إتمامه طوافه، فقال: يقطع الطواف ويدخل مع الناس في الصلاة، فإذا قضى صلاته قام فبنى على طوافه حتى يُتم سبعاً. قيل له: ويؤخر الركعتين حتى المغرب أو يركعهما من ساعته حتى يتم طوافه؟ قال: لا بل يؤخر ركعتي الطواف إلى المغرب ولا يركعهما حين يفرغ من طوافه.

قال محمد بن رشد: قوله إنه إذا أقيمت عليه الصلاة وهو في الطواف يدخل مع الإمام في الصلاة ثم يبني على طوافه، هو قول مالك في الموطأ والمدونة، وفي هذا الرسم قبل ذلك، فلا اختلاف أعلمه في ذلك. وقال: إنه يؤخر الركعتين بعد العصر إلى المغرب، فظاهر قوله إنه يبدأ بهما قبل صلاة المغرب، قال في الموطأ: فإن أخّرهما حتى صلى المغرب فلا بأس بذلك، وخيره في ذلك في رسم أوله صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابن القاسم، وقد مضى القول على ذلك هناك، وهذا أظهر.

تم سماع أشهب، والحمد لله وحده.

من سماع عيسى بن دينار من كتاب أوله نقدها نقدها

قال عيسى: وقال ابن القاسم فيمن دخل فحج فطاف وسعى ثُمَّ أُحْصِرَ حتى فاته الحج، قال: يطوف ويسعى مرة أخرى ولا يخرج إلى الحل.

قال محمد بن رشد: إنما قال: إنهُ يطوف ويسعى مرة أخرى لأن طوافه الأول وسعيه إنما كان للحج قبل أن يحصر، فلا بد له من طواف وسعي ليحل به من إحرامه إذ لا يتحلّل منهُ إلاّ بعمرة ، لقوله عزّ وجل:

﴿فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾(١٠٥) وإنما قال: إنه لا يخرج إلى الحِلّ لأن إحرامه الأول إنما كان من الحل فليس عليه أن يعود [إلى الحل مرة أخرى](١٠٦).

مسألة

وسئل عن رجل قالت له امرأته وكان صَرُورَة(١٠٧): آئذَنْ لي أن أحج معك وأنا أعطيك مهري الذي لي عليك، فقبل وتركها تحج، قال: يلزمه المهر، لأنه كان يلزمه أن يأذن لها أن تحج، وقد بلغني ذلك عن ربيعة.

قال محمد بن رشد: قال ابن القاسم في رواية ابن أبي جعفر الدمياطي عنه: وذلك إذا لم تعلم أنه كان يلزمه أن يأذن لها. وأما إذا علمت فذلك لازم لها، لأنها أعطته مالها طيبة بذلك نفسها. وقوله هذا مفسر لهذه الرواية لأنها إذا علمت أنه يلزمه الإذن لها فإنها أعطته مالها على أن يأذن لها طيب النفس راضياً بذلك غير معاتب لها على ذلك. وقد قال في الحج الثالث من المدونة إنها إذا أحرمت بغير إذن زوجها وهي صَرورة فحلّلها زوجها من حجتها ثم أذن لها فحجت أجزأها ذلك عن(١٠٨) حجة الفريضة وعن التي حللها منها زوجها، فإن ذلك على أنـه لا يلزمه أن يأذن لها، إذ لو لزمه ذلك لما كان له أن يحللها(١٠٩)، إلاّ أن معنى ذلك عندهم إذا أحرمت دون الميقات أو قبل أشهر الحج، فعلى هذا لو أعطته مهرها على أن يأذن لها في الخروج إلى

---

(١٠٥) تقدم تخريجه قريباً.

(١٠٦) ساقط من ق ١.

(١٠٧) في مصباح الفيومي: «والصرورة بالفتح الذي لم يحج وهذه الكلمة من النوادر التي وصف بها المذكر والمؤنث سمي بذلك لصره على نفقته لأنه لم يخرجها في الحج».

(١٠٨) في ق ٢ (من) بدل (عن)، وعليه علامة (صح).

(١٠٩) في ق ٢: (يحلها) بدل (يحللها) وعليه (صح).

الحج قبل أشهر الحج أي قبل وقت خروج الحاج من هذا البلد للزمها ذلك ولم يكن لها أن ترجع فيه، إذ لا يلزمه الإذن لها بالخروج في ذلك الوقت. ولو أعطته مهرها على أن يحجها لم يجز له لأنه فسخ دين في دين. قالهُ ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب السلم والآجال، وفي سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات ما يعارض ذلك، فقف عليه وتدبَّره، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله استأذن سيده

وسُئل ابنُ القاسم عن الذي يأتي عرفة وقد طلع الفجر من يوم النحر، قال: يرجع على إحرامه إلى مكة وينوي بها عمرة فيطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ويقصر ويحل ويرجع إلى بلاده ويحج قابلاً ويهدي.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه. والأصل في ذلك ما ذكره الله عز وجل في كتابه من حكم المُحْصَرِ في الحج، وما أمر به عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبا أيوب الأنصاري وهبار بن الأسود، إذ قدما [عليه](١١٠) يوم النحر بمنىً وقد فاتهما الوقوف بعرفة باضلال أبي أيوب راحلته، وإخطاء هبار بن الأسود العدد على ما وقع من ذلك في الموطأ.

مَسألة

وسأله ابن أبي حسان عن امرأة نصرانية بعثت بدينار إلى الكعبة هل يجعل في الكعبة؟ قال: بل يرد إليها. قال ابن أبي حسان كذلك حدثني معن بن عيسى(١١١) عن مالك أنه قاله.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح، لأنه ينبغي أن تنزه الكعبة وأهلها

---

(١١٠) ساقط من ق١.

(١١١) في ق ١: (عباس) بدل (عيسى).

المسلمون عن أن ينفق فيها مالُ نصرانية إنما قصدت أن تنسب إليهم ما يغض منهم من الاستعانة بمـالها فيما يلزمهم القيام به من أمر قبلتهم التي يأتمون بها ويحجون إليها فلا تنعم بذلك عيناً وبالله التوفيق.

ومن كتاب العرية

قال: وسألت عن الرجل يقف بعرفة ثم يمضي على وجهه إلى بلاده أيرجع متجرداً أم يلبس الثياب؟ قال: بـل يلبس الثياب، وكذلك يرجع لأنه قد فاته الرمي. قلت: فكم من دم عليه إذا رجع؟ قال: لا أرى عليه إلا دماً واحداً بدنة أو بقرة.

قال محمد بن رشد: إنما قال: إنه لا يرجع متجرداً وعليه الثياب، لأن رمي الجمرة من سنن الحج ومشاعره، وليست من فرائضه على المشهور في المذهب. فإذا ترك الجمرة حتى خرج وقت رميها جُبر ذلك بالدم، وكان في حكم من رمى فحلَّ له لبس الثياب والطيب، لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إذا جئتم منىً فمن رمى الجمرة فقد حلّ له ما حرم عليه إلا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت، يريد والصيد. وقد روى الواقدي عن مالك فيمن ترك رمي جمرة العقبة حتى صدر من منى إن كان قد رمى غيرها من الجمار في أيام منى أن عليه حجٌّ قابل، لحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه من رمى الجمرة فقد حل له ما حرم عليه إلا النساء والطيب. وإنما قال: إنه يجزيه دم واحد لكل ما تَرَك من الوقوف بالمشعر الحرام والرمي بمنى والمبيت بها قياساً على من فاته الحج أنه يهدي هدياً واحداً إذا أحل بعمرة لما فاته من الحج، وهو قد فاته عمل الحج كله، فأجزأ عنه هدي واحد. وقال أشهب عليه ثلاث هدايا: هديٌ لترك مزدلفة، وهدي لترك رمي الجمار، وهدي لترك المبيت بمنى ليالي [منى][١١٢] وهو أقيس والله أعلم بالصواب وبه التوفيق.

---

(١١٢) ساقط من ق١.

ومن كتاب أوله أوصى أن ينفق على امهات أولاده

قال فيمن دفع من عرفة بعدما غابت الشمس فمضى إلى بلاده كما هو، قال: عليه أن يرجع حتى يُفيض، وعليه هدي بدنة تجزيه من جميع الأشياء.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، وقد مضى القول على هذا في المسألة التي في الرسم الذي قبل هذا. فلا وجه لإعادته هنا.

مسألة

وسئل عمن تمتع فأفسد حجه ذلك، قال: عليه هديان: هديُ التمتع يهديه في عامه هذا، وهدي لما أفسد من حجه يهديه قابلاً من البدن(١١٣).

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أن إفساد الحج بالوطء لا يُسقطُ عنه هدي التمتع، كما لا يسقط عنه هدي القران إن كان قارناً. واختلف إذا تمتع ثم فاته الحج فقيل: إنه يسقط عنه دم المتعة، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وقيل: إنه لا يسقط عنه ويكون عليه هديان مع القضاء. قال في كتاب ابن المواز: وهذا على الاختلاف في سقوط هدي القران عمن قرن ففاته الحج، وفي سقوط هدي الفساد عمن جامع ثم فاته الحج، وقد مضى ذلك في رسم مرض وله أمٌّ ولد فحاضت من سماع ابن القاسم.

مسألة

قال: وأخذ مالك بالحديث يَحْرُمُ مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا حرام،

(١١٣) كذا بالأصل وفي غيره: يهديه قابلاً مع البدل.

يعني لَأبَتَيِ المدينة. ولا يرى فيه جزاءً ويراه ذنباً من الذنوب.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة وما فيها من الاختلاف في أول رسم من سماع أشهب فأغنى عن إعادته.

مسألة

وقال مالك في الذي يطأ أهله في الحج ولا يجد هدياً، قال: يصوم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع.

قال محمد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب أن المفسد لحجه إذا لم يجد هدياً يصوم الثلاثة الأيام في الحج قياساً على المتمتع لقول الله عز وجل فيه: ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إذا رَجَعْتُم ﴾(١١٤)، وقد مضى ما في ذلك من الاختلاف في رسم حلف ليدفعن أمراً الأول من سماع ابن القاسم.

مسألة

وقال ابن القاسم في الذي يطأ أهله في الحج ويكرهها ولا يجد ما يهدي عنها. قال: ليس عليها صيام ولا حج وإن كانت موسرة، وإنما ذلك على من أكرهها.

قال محمد بن رشد: أما قوله ليس عليها صيام فبين، لأن على من أكرهها أن يهدي عنها، إلا أن تشاء أن تصوم إذا لم يكن لها ولا لمن أكرهها مال، فيكون ذلك لها. ولو كان لها مال لكان لها أن تهدي عن نفسها وتتبع زوجها الذي أكرهها بالأقل مما اشترت به الهدي أو الأقل من قيمته. وأما قوله: إنه ليس عليها حج وإن كانت موسرة فإنما معنى ذلك إن كانت الحجة

---

(١١٤) الآية١٩٦ من البقرة.

التي أكرهها فيها على الوطء تطوعاً. وأما إن كانت فريضة ولم يكن له مال ولها هي مال فيلزمها أن تحج الفريضة بمالها إذ لا تجزيها الحجة التي أكرهت فيها على الوطء لأن الحج يفسده الوطء على كل حال، ولا تعذر المرأة في ذلك بالإكراه كما لا تعذر بالنسيان والجهل، وتتبعه بما أنفقت على نفسها في حجها.

مسألة

وقال مالك: إذا كان الرجل ممن يقوى على المشي وإن كان لا يجد ما يتكارى به فهو ممن يجد سبيلاً إلى الحج فليحج.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما مضى في أول رسم أشهب، ومثله في كتاب ابن المواز، قال أصبغ: إذا وجد زاداً، وليس النساء في المشي على ذلك وإن قوين، لأنهن عورة في مشيهن إلا المكان القريب مثل مكة وما قرب، وقد مضى القول على هذه المسألة في سماع أشهب مجوداً فأغنى عن إعادته هنا.

ومن كتاب أوله سلف دينار في ثوب إلى اجل

وسئل عن رجل أوصى لرجل بعشرين ديناراً يحج بها عنه، وعشرين ديناراً لرجل آخر وصية، قال: إن كان الحج عن الميت وكان صَرورة بُدىء بها على العشرين، وإن كان ليس بِصَرورة وأوصى(١١٥) بذلك لرجل أجنبي يحج بها عن نفسه فكان الثلث عشرين ديناراً، قال يتحاصان. قيل له: فإن لم يكن فيها صار للحج في المحاصة ما يحمله للحج ولم يأخذها، قال: يعطاها غيره ممن يحج بها عنه من أهل المدينة، فإن لم يجد فمكة(١١٦). قلت: فإن لم يكن

---

(١١٥) في ق ٢: أو أوصى.

(١١٦) في ق ٢: فمن مكة.

ذلك إلا الشيء اليسير الدينار وما أشبهه، قال: يرد إلى الورثة، قلت: فالأجنبي، قال: إن أحب الحج أعطيه ويتقوى بذلك في نفقته، وإن لم يرد الحج رد إلى الورثة.

قال محمد بن رشد: بَدًّأ في هذه الرواية الوصية بحج الفريضة على الوصية بالمال، وقال في المدونة إنهما يتحاصان، والصحيح على مذهب مالك أن الوصية بالمال تبدأ على الوصية بحجة الفريضة لأنه لا يرى أن يحج أحد عن أحد، فلا قربة في ذلك عنده على أصل قوله، إلا أن الوصية به تنفذ مراعاة للاختلاف، ووجه تبدئة الوصية بالحج على الوصية بالمال أن الموصي لما أوصى بحجة الإسلام وبمال فكأنه أوصى بتبدئة الحج على المال، ووجه قوله في المدونة أنهما يتحاصّان، إنه لما رأى تنفيذ الوصية بحجة الإسلام مراعاة للاختلاف جعلها وصية بمال، فوجب أن يحاصّ بها مع الوصية بالمال، وأما إذا أوصى أن يحج عنه تطوعاً وأوصى بمال فقال في هذه الرواية إنهما يتحاصّان، وفي المدنيّة أن الوصية بالمال تبدًأ، ففي هذه المسألة قولان، وفي الأولى ثلاثة أقوال على ما ذكرناه. وظاهر قوله إن الموصى له بعشرين يأخذ العشرين كلها أو ما صار له منها بالمحاصة، وليس للورثة أن يكتموه الوصية ويستأجروه بأقل منها، وقيل ذلك لهم. والقولان قائمان من كتاب الحج الثالث من المدونة. وأما قوله إن لم يكن فيما صار للحج في المحاصّة ما يحج بها عنه من بلده حج بها عنه من حيث يوجد فسيأتي الاختلاف في ذلك في رسم الجواب.

مسألة

وقال ابن القاسم فيمن أفسد حجه بإصابة أهله فحج قابلاً فأفسد حجه أيضاً بإصابة أهله فأرى عليه حجتين، قال مالك: والصيام كذلك إذا أفطر يوماً من قضاء رمضان فقضاه فأفطر في قضائه فعليه يومان. قال ابن القاسم: فالحج مثله عندي. وقد قيل ليس عليه إلا قضاء يوم واحد.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا أفطر يوماً من صيامه في قضاء رمضان فقضـاه فأفطر في قضائه فعليه يومان، يريد مع يوم رمضان الذي أفطره، وسكت عنه للعلم بوجوبه عليه، وتكلم على ما يختلف فيه من فطره في قضاء رمضان وفي قضاء قضائه. يُبين ذلك تنظيره إيّاهُ بالحج، لأنه أوجب عليه في الحج إذا أفسده فقضاه فأفسد القضاء أن عليه حجتين، فلو أفسد قضاء القضاء أيضاً لكان عليه ثلاث حجات كالصيام سواء. وقوله: وقد قيل ليس عليه إلا قضاء يوم واحد يريد اليوم الذي أفطره من رمضان، وليس عليه على هذا القول شيء لفطره في القضاء ولا في قضاء القضاء، وهو قول ابن القاسم في الحج الأول من المدونة. والاختلاف في هذه المسألة جار على اختلاف قول ابن القاسم وأشهب في كتاب الصيام من المدونة في الذي يصبح صائماً في قضاء رمضـان من رمضان فتذكر في بعض النهار أنه كان قد قضاه وأنه لا شيء عليه، هل يلزمه إتمام صوم ذلك اليوم أم لا يلزمه ويجوز له فطره؟ ولم يختلف قول ابن القاسم في مسألة الحج كما اختلف في مسألة الصيام، وعبد الملك بن الماجشون يقول: إنه ليس عليه إلا حجة واحدة، وهو قول ابن وهب في سماع سحنون من كتاب الصيام. وقد زدنا هذه المسألة بياناً في سماع يحيى وسحنون من كتاب الصيام، فمن أحب الوقوف عليه تأمله هنالك وبالله التوفيق، والحمد لله على نعمه.

ومن كتاب أوله جاع فباع امرأته

قال: وسألت ابن القاسم عن المُحرم يقتل الظبي الداجن، قال مالك: عليه قيمته لصاحبه، وعليه الجزاء سوى القيمة. قلت: فإن كسر رجله؟ قال: إن برىء وانجبر فلا جزاء عليه، وعليه ما نقصه الكسر إن نقصه.

قال محمد بن رشد: قوله وعليه ما نقصه الكسر إن نقصه هو مثل ما في كتاب ابن المواز: لا شيء على المُحرم يجرح الصيد إذا برىء على غير

نقص، خلاف ظاهر ما في كتاب الحج من المدونة أنه لا شيء فيه إذا سلم من الجرح. والذي يوجبه النظر أنه لا شيء فيه، وإن برىء على عتل[١١٧] ونقص إلا أن يكون النقص مما يسهل اصطياده على من أراد صيده فيكون عليه جزاؤه كاملاً. كما يكون على من طرد صيداً من الحرم إلى الحل لأنه عرضه بذلك للاصطياد.

ومن كتاب النسمة

وقال في رجل اشترى من رجل صيداً والبائع بالخيار ثلاثة أيام، ثم أحرما جميعاً من يومهما، قال ابن القاسم: يوقف الذي له الخيار من ساعته، فإن لم يختر فهو منه ويسرحه، وإن اختار البيع فهو من المشتري ويسرحه. قيل له: فإن سرحه المشتري حين أحرم قبل أن يوقف الآخر على الخيار، قال: يكون عليه قيمته.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة أنه باع منه الصيد فدفعه إليه فأحرما جميعاً وهو في يد المشتري. ولذلك قال: إن البائع الذي له الخيار يوقف، فإن لم يختر فهو منه ويسرحه، يريد إن قبضه من المشتري لما استرده وصار في يده وقفصه. وأما إن استرده وبعث به من عند المشتري إلى بيته ولم يصر بيده ولا في قفصِهِ فليس عليه أن يسرحه، وإن اختار البيع فهو من المشتري ويسرحه لكونه في يده. وإن سرحه المشتري ضمن قيمته إذْ لم يجب له بعد، ولو باعه منه فلم يدفعه إليه حتى أحرما جميعاً وهو بيد البائع لوجب عليه أن يسرحه ولم يجز له أن يمضيه للمشتري. ولو كان في بيت البائع ليس في يده فباعه ثم أحرما جميعاً لم يكن على البائع أن يرسله إن رده ولا على المشتري إن أمضاه له إذا لم يقبضه وبعث به من عند البائع إلى بيته وبالله التوفيق.

---

(١١٧) كذا هو في الأصل بتاء مثناة وفي ق ٢ عثل بمثلثة.

ومن كتاب الرهون

وسئل عن سُنة رمي الجمار في أيام منى ويوم النحر. قال: أما يوم النحر فمن حين تطلع الشمس إلى زوال الشمس، فإذا زالت فقد فات الوقت إلا لعليل أو لناس، فإن رمى بعد الزوال فلا شيء عليه، ولكن الصواب وموضع الرمي في ذلك اليوم في صدر النهار. وأما أيام منى فمن حين تزول الشمس إلى أن تَصْفَرَّ، فإذا اصفرت فقد فات وقتها إلا لعليل أو لناس.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إن سنة رمي جمرة العقبة يوم النحر من طلوع الشمس إلى زوالها، وكذلك فعل رسول الله ﷺ، لأنه بات بالمزدلفة وصلى الصبح يوم النحر بها بالمشعر الحرام، ثم وقف به إلى قرب طلوع الشمس، ثم دفع إلى منى فرمى جمرة العقبة بعد طلوع الشمس. فمن رماها قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر أو بعد زوال الشمس قبل غروبها فقد أساء ولا شي ء عليه، ومن رماها قبل طلوع الفجر لم يجزه الرمي، ومن لم يرمها حتى غابت الشمس فقد فاته الرمي ووجب عليه الهدي. هذا مما لا اختلاف فيه في المذهب، وذهب الشافعي إلى أنه من رماها قبل الفجر بعد نصف الليل أجزأه الرمي، وذهب أبو حنيفة إلى أن من رماها قبل طلوع الشمس لم يجزه الرمي. وقد ذكرنا في رسم حلف بطلاق امرأته الثاني من سماع ابن القاسم ما تعلق به كل واحد منهما، وأن سنة رمي الجمار الثلاث في كل يوم من أيام منى من بعد الزوال إلى اصفرار الشمس، فإن لم يرمها حتى غربت رماها بعد الغروب ما بينه وبين أن تنقضي أيام منى وعليه الدم، وقيل لا دم عليه؛ وإن لم يرمها حتى انقضت أيام منى فقد فاته الرمي ووجب عليه الدم.

ومن كتاب الجواب

وسئل عن الرجل يوصي بستين ديناراً يُحج بها عنه فلا يجدون

من يحج بها عنه من الأندلس لقلتها، أيبعث بها إلى افريقية أو مصر فيُكرى بها من يحج بها من ثم، والموصي إنما أوصى من الأندلس وبها مات؟ وهل يختلف عندك إن قال: حجوا بها عني من الأندلس أو قال: حجوا بها عني ولم يقل من الأندلس إلا أنه من أهلها وبها مات؟ قال ابن القاسم: نعم يختلف. أما قوله حجوا بها عني ولم يسمّ من الأندلس ولا من مكان يحج بها منه فإنهم إن لم يجدوا من يحج بها عنه من بلده بعثوا بها إلى المواضع التي يجدون بها من يحج بها عنه منها، وإن كان افريقية أو مصر، فإن لم يجدوا ففيما وراء ذلك المدينة أو أمامها حتى ينفذوها فيما أوصى. وأما قوله من الأندلس فإن وجدوا من يحج بها من الأندلس كما أوصى وسمّى وإلاّ رُدت إلى الورثة ولم يخرج بها إلى ما وراء ذلك.

قال محمد بن رشد: أما إذا أوصي أن يحج بها عنه ولم يُسمّ من ذلك كراء فلا اختلاف في أنه يحج بها عنه من حيث يوجد إذا لم يوجد من يحج بها عنه من بلده، وأما إذا قال: حجوا بها عني من بلد كذا وبها مات فلم يوجد من يحج بها عنه من تلك(١١٨) البلد فقال ابن القاسم في هذه الرواية: إنها ترجع ميراثاً ولا يستأجر له بها من بلدٍ آخر، ورَوَى عنه مثلَه أصبغ وقال من رواية: إنه يستأجر له بها من حيث يوجد إلا أن يبين ألا يحج بها عنه إلا من الأندلس. وحكَى مثل ذلك ابن المواز عن أشهب، واختار هو قول ابن القاسم إن كان الميت قد حج، وهو قول أشهب إن كان صَرورة لم يحج. وقد تقدم في أول رسم من سماع ابن القاسم الاختلاف فيمن استؤجر للحج عن ميت فاعتمر عن نفسه وحج عن الميت من مكة، وهي مسألة أخرى تقرب من هذه في المعنى فتدبَّرها.

---

(١١٨) في ق ٢: ذلك.

ومن سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الصلاة

وسئل عن رجل أوصى أن يحج عنه بثلث ماله فوجدوا ثلثه ألف دينار ونحو ذلك، أيخرج عنه ما يحج به عنه حجة واحدة ويكون ما بقي للورثة؟ أو يُهدَى عنه بما بقي؟ قال: بل ينفذ ذلك كله في الحج عنه يعطاه رجالٌ يحجون به عنه حتى يستوعب الثلث بالغاً ما بلغ. قيل له: أرأيت إن لم يكن في الثلث ما يحج به عنه من بلده؟ قال: فليحج عنه بثلثه ذلك وإن قلَّ من حيث يوجد من يحج عنه بذلك الثلث وإن لم يكن ذلك إلاَّ من مكة.

قال **محمد بن رشد**: لما أوصى أن يُحج عنه بثلث ماله وهو مال واسع كبير فيه ما يحج به عنه حجات استدل بذلك على أنه لم يرد بوصيته حجة واحدة وإنما أراد أن ينفذ ثلثه في حجات فينفذ عنه ثلثه في الحج ولا يرجع منه للورثة شيء، لأن ما فضل يحج به عنه من حيث ما بلغ ولو من مكة. ولو كان ثلثه قدر ما يشبه به أن يحج به عنه حجة واحدة، لم يحج عنه إلا حجة واحدة، فإن استؤجر عليها بأقل من الثلث رجع ما بقي من الثلث إلى الورثة كما قال في المدونة إذا قال: حجوا عني بهذه الأربعين فدفعوها إلى رجل على البلاغ ففضلت منها عشرون إنها ترد إلى الورثة، فليست هذه المسألة بخلاف لما في المدونة. ولو أوصي أن يحج عنه من ثلث ماله لم يحج عنه إلاّ حجة واحدة وإن كان ثلثه واسعاً كثيراً لأن من للتبعيض، فيعلم بذلك أنه لم يرد أن يُنفذ ثلثه كله عنه في حج. ولو أوصي أن يحج عنه فقال: حجوا عني ولم يزد على ذلك لم يقل بثلثي ولا من ثلثي ولا بكذا وكذا لَجَرَى ذلك عنه على الاختلاف في الأمر هل يقتضي التكرار أو لا يقتضيه؟ فينفذ عنه ثلثه كله في الحج على القول بأن الأمر المطلق يقتضي التكرار، ويحج عنه من ثلثه حجة واحدة لا أكثر على القول بأن الأمر المطلق لا يقتضي التكرار. وأما إذا قال: يحج عني فلان بثلثي أو بكذا وكذا فلا اختلاف في أنه لا يحج عنه إلا حجة واحدة وإن كان الثلث أو ما سمى من العدد كثيراً مثله فيه ما يحج به

حجات كثيرة، وإنما يختلف هل يكون الثلث أو ما سمًّى من العدد وصية لفلان يُعطاه كله إن أراد أن يحج عنه، فيكون له ما فضل، أو لا يكون ذلك وصية له ويحمل على أنه إنما سمّى العدد أو ذكر الثلث مخافة أن يأبى الرجل أن يحج عنه بأقل من ذلك، وهو إنما رغب في أن يكون هو الذي يحج عنه لثقته به وتوسمه فيه، والقولان في المدونة. والأول منهما هو الذي اختار سحنون، ورد ابن لبابة القول الأول إلى الثاني بالتأويل فلم يجعل(١١٩) ذلك اختلافاً وهو بعيد. ولو قال: يحج عني فلان ولم يسم عدداً فأبى فلان أن يحج عنه إلا بأكثر من أجرة المثل لكان الحكم أن يزاد على أجرة مثله مثل ثلثها، فإن أبى أن يحج عنه إلا بأكثر من ذلك لم يزد على ذلك، واستؤجر غيره من يحج عنه بعد الاسْتِينَاءِ بذلك، ولم يرجع ذلك إلى الورثة إن كانت الحجة فريضة باتفاق، أو نافلة على قول غير ابن القاسم في المدونة، خلاف قول ابن القاسم فيها، والله الموفق.

مسألة

وقال: إذا أخطأ أهل الموسم فكان وقوفهم بعرفة يوم النحر مضوا على عملهم وإن تبين ذلك لهم وثبت عندهم في بقية يومهم ذلك أو بعده، وينحرون من الغد، ويتأخر عمل الحج كله في الباقي عليهم يوماً لا ينبغي لهم أن يتركوا الوقوف من أجل أنه يوم النحر، ولا أرى أن ينقصوا من رمي الجمار الثلاثة الأيام إلا بعد يوم النحر، ويجعلون يوم النحر للغد بعد وقوفهم، ويكون حالهم في شأنهم كله كحال من لم يُخْطِ. قال: وإذا أخطأوا فقدموا الوقوف بعرفة يوم التروية أعادوا الوقوف من الغد من يوم عرفة نفسه، ولم يجزهم الوقوف الذي وقفوا يوم التروية.

---

(١١٩) في ق ١: يحمل.

قال محمد بن رشد: ذكر ابن أبي زيد هذه المسألة في النوادر، ووصل بها قال: واختلف فيها قول سحنون فيما أخبرنا أبو بكر بن محمد بن[١٢٠] حمديس عنه، ولم يبين حيث اختلف قوله. فمن الناس من حمل اختلاف قوله على الذين أخروا الوقوف فوقفوا يوم النحر، ومنهم من حمله على الذين عَجّلوا فوقفوا يوم التروية، والأمر في ذلك محتمل، لأن الخلاف في الوجهين جميعاً موجود. قيل: إنّ الحج لا يجزيهم قدّموا الوقوف أو أخّروهُ قياساً على المنفرد إذا أخطأ وقوف الناس فوقف قبلهم أو بعدهم، وهو قول ابن القاسم فيما حكى عنه اللخمي من أن الحج لا يجزيهم إذا أخطأوا فوقفوا بعد يوم عرفة، لأنه إذا كان الحج عنده لا يجزيهم إذا أخروا الوقوف فأحرى ألا يجزيهم عندهُ إذا قدموا الوقوف، وقيل: إنّ الحج يجزيهم قدّموا الوقوف أو أخّروه، وهو أحد قولي الشافعي قياساً على من اجتهد فصلى إلى غير القبلة أن صلاته جائزة ولا إعادة عليه إذا خرج الوقت، وحكى أنه إجماع فقاس عليه مسألة الأسير تلتبس عليه الشهور فيصوم قبل رمضان أو بعده إن صيامه يجزيه، وليس بإجماع لما يذكره في ذلك من الخلاف بعد إن شاء الله. قال أبو القاسم بن الكاتب: وإنما ذهب الشافعي إلى إجازة حجهم إذا وقفوا قبل يوم عرفة لأن أبا بكر الصديق أقام للناس الحج بأمر النبي عليه السلام في شهر ذي القعدة. فَرَأى أنّ أهل الموسم إذا أخطأوا فقدموا الوقوف قبل يوم عرفة يجزيهم الحج لحج أبي بكر بالناس في شهر ذي القعدة. قال: وإنما كانت تصح له الحجة بذلك لو كانت تلك الحجة لأبي بكر فريضة، ولم تكن له فريضة، وإنما بعثه رسول الله ﷺ أميراً على الحج وليعهد إلى الناس بما أمره به أن يعهد به إليهم من أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان، ثم أتبعه علي بن أبي طالب لما نزلت سورة أول براءة ليتلى[١٢١] على الناس في الموسم. والشافعي كان أعلم وأبصر بموضع الحجة من أن يحتجّ بهذا، لقوله[١٢٢] في

(١٢٠) كذا بالأصل وفي غيره: (عن) بدل (ابن).

(١٢١) كذا بالأصل وفي غيره: لتتلى.

(١٢٢) في ق ١: بهذه القولة.

هذه المسألة لأن حج أبي بكر في ذي القعدة لم يكن خطأ وإنما كان شرعاً وديناً بأمر النبي عليه السلام، والنسيء قائم قبل أن ينسخ، فأجزأهم حجهم فرضاً كان أو نفلاً. وكيف لا يجزيهم وقد سماه الله في كتابه الحجّ الأكبر، ولَئِنْ كانت تلك الحجة لأبي بكر وعلي بن أبي طالب وغيره ممن أعلمه النبي عليه السلام أنه سيحج معه من العام المقبل نفلاً، فقد كانت لمن سواهم من الناس الذين حجوا في ذلك العام ولم يدركوا الحج مع النبي عليه السلام فرضاً، لأنها إنما كانت بعد نزول فرض الحج. هذا مما لا اختلاف فيه أعلمه، ثم حج رسول الله ﷺ في العام المقبل في ذي الحجة على ما كان الناس عليه من النسيء فنسخ الله النسيء حينئذ. وقال ﷺ: «أَلَا إِنَّ الزَّمَانَ قَدِ اسْتَدارَ»(١٢٣) الحديث، فثبت الحج في ذي الحجة إلى يوم القيامة. والذي عليه أكثر أهل العلم أن أهل الموسم إذا أخطأوا فقدموا الوقوف قبل يوم عرفة لم يجزهم حجهم، وإن أخطأوا فوخروه(١٢٤)، إلى يوم النحر أجزأهم حجهم، وهو قول مالك والليث والأوزاعي وأبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن وعثمان الليثي وجماعة سواهم.

والفرق بين الوجهين أن الذين أخطأوا فوقفوا يوم النحر فعلوا ما تعبدهم الله به على لسان رسوله من إكمال شهر ذي القعدة ثلاثين يوماً إذا أغمي عليهم هلال ذي الحجة، فلما فعلوا ما أُمروا به من ذلك كان حجهم في الوقت الذي أمرهم الله على لسان نبيه أن يحجوا فيه ووقوفهم في اليوم الذي تعبدهم الله أن يقفوا فيه، وإن انكشف لهم ذلك بعد أن كان يوم النحر لم يضرَّهم إذ قد مضى فعلُهم صحيحاً بموجب النص دون اجتهاد، وكتب لهم حجهم وسلم لهم أجرهم وسقط عنهم فرضهم، فليس ما ظهر لهم بعد ذلك قُرُب أو بعُد بالذي يمحو ما كُتب لهم من الحج ويُبطل ما ثبت لهم من الأجر، ويوجب ما سقط عنهم من الفرض، وأن الذين أخطأوا فوقفوا يوم التروية

(١٢٣) هو في الصحيحين وعند أبي داوود وفي مسند ابن حنبل.
(١٢٤) كذا هو فيما اعتمدناه من الأصول.

أخطأوا باجتهادهم إذ قبلوا شهادة من شهد بالباطل في رؤية الهلال، إما بأن شبه عليهم، وإما بأن تعمدوا الزور والكذب، فوجب ألَّا يجزيهم الوقوف الذي وقفوا إذا لم يعلموا بذلك إلا بعد أن طلع الفجر من يوم النحر، كما لا يجزيهم الوقوف إذا علموا بخطأهم قبل ذلك، إذ لا اختلاف في أن وقوفهم لا يجزيهم إذا علموا بذلك قبل أن يفوتهم الوقوف بطلوع الفجر من يوم ليلة المزدلفة.

وحكى ابن أبي زيد في النوادر أيضاً عن سحنون متصلاً بما حكاهُ عنه من اختلاف قوله في خطأ أهل الموسم في هلال ذي الحجة، في أهل الموسم ينزل بهم ما نزل بالناس سنة العلويّ(١٢٥) وهروبهم من عرفة ولم يُتموا الوقوف، قال: يجزيهم ولا دم عليهم، كأنه ذهب بذلك إلى ترجيح أحد قوليه في المسألة المتقدمة، وهي مسألة أخرى لا تشبهها، لأنهم في هذه المسألة في حكم من حصرهم العدو عن الوقوف بعرفة فلا يجزيهم الحج إلا على مذهب ابن الماجشون في أن المُحْصَر بعدوّه يُجزئه [حجه](١٢٦) عن حجة الإسلام، فإنما مال إلى قوله والله أعلم وبه التوفيق.

ومن كتاب أوله يشتري الدور والمزارع

وسألته عن الرجل يكون عليه المشي إلى بيت الله فيمشي في الحج ثم يفسد حجه بإصابة أهله وهو بعرفة، هل يمضي ماشياً حتى يحل بعمرة؟ أو يركب من حيث أفسد حجه؟ ماذا ترى عليه أن يصنع إذا قضى الحج الذي أفسد أيستأنف المشي من حيث حَلف أو من حيث ركب؟ أو هل يجزيه مشيه بعد فساد الحج؟ هل يحل

(١٢٥) هو إسماعيل بن يوسف بن إبراهيم العلوي ظهر بمكة سنة ٢٥١ هـ حاصر مكة وأنهبها أصحابه وأخذ خزائن الكعبة وأغار على الحاج بالموقف يوم عرفة ففروا منه ولم يقفوا ليلاً ولا نهاراً. خبره عند الطبري في أحداث سنة ٢٥١ هـ.

(١٢٦) سقط من الأصل فأضفناه رواية عن غيره.

بعمرة؟ قال: يحج قابلاً ويُهدي لما أفسد من حجه ويمشي من ميقاته الذي كان أحرم منه للحجة التي أفسد. قلت: ولم ألزمته إعادة المشي من الميقات الذي أحرم منه ورأيت ما مشى من حيث ما كان حلف يجزي عنه؟ قال: إنما يفسد عليه الحج المشي الذي لم يكن يجوز له أن يطأ فيه، وأما مشيه من بلده الذي حَلف فيه إلى الميقات الذي أحرم منه فقد كان يجوز له أن يطأ أهله وهو ماشٍ إلى الميقات، ولا يجوز له أن يطأ أهله بعد ما يحرم بها، فما كانَ من المشي لا يجوز له فيه وطء فهو منتقض بما أفسد من حجه الذي مشى، وما كان منه يجوز له فيه الوطء فلا ينتقض عليه بفساد حجه الذي مشى فيه. قلت له: إن الذي ينقطع مشيه في حجتين له أو عمرتين أو حج وعمرة لعجزه عن المشي يهدي، وهذا قد قطع مشيه بما أفسد من حجه وما وجب عليه من إعادته من الميقات، وعليه هدي لفساد الحج أيهدي هدياً آخر لتبْعيض المشي.

قال محمد بن رشد: قوله في أول المسألة ثم يمضي ماشياً حتى يحل بعمرة في الذي أفسد حجه، وقوله بعد ذلك فيها: أو هل يجزيه مشيه بعد فساد الحج حتى يحل بعمرة، المعنى في ذلك أن الحج فاته بعد أن أفسده إذ لا يجوز فسخ الحج الصحيح ولا الفاسد في عمرة، لأن ما رُوي عن النبي عليه السلام من أمره في حجة الوداع من لم يكن معه هدي أن يحل بعمرة أمرٌ منسوخ، إنما كان أمر به رسول الله ﷺ يومئذ نقضاً لما كان عليه أهل الجاهلية من تحريم العمرة في أشهر الحج، وقد رأيت [لبعض][127] الشيوخ في حواشي الكتب على هذه المسألة: وقد روي عن مالك أن المفسد لحجه يصير حجه إلى عمرة، وهو غلط، إذ لا يوجدُ لمالك ذلك ولا لغيره، وأراه وَهِمَ في ذلك لِلَفْظٍ وقع في كتاب الحج الثالث من المدونة على ظاهره، أو لمسألة وقعت في النوادر خطأً في النقل. ومساواته بين أنْ يكون يركب من حيث أفسد حجه

(١٢٧) ساقط من الأصل فأضفناه.

أو يمضي ماشياً إلى تمام حجه صحيح لأن المشي لا يجزيه بعد الوطء لِفساد الحج ووجوب قضائه عليه، فسواء ركب أو مشى. وقوله: إنه يمشي من ميقاته ويجزيه المشي الذي مشى من حيث حَلف إلى الميقات خلاف مذهب مالك وابن القاسم في المدونة وما نصَّ عليه ابن حبيب في الواضحة من أن من ركب من غير أن يعجز عن المشي أعاد المشي كله، إذ لا يجوز له أن يفرق مشيه إلا من ضرورة، ويهدي لأنه لما وطىء فقد فرق مشيه باختياره من غير ضرورة. ولما سألهُ في آخر المسألة هل يجب عليه هدي لتفريق المشي سكت عنه ولم يجبه على ذلك. والذي يأتي على قياس قوله فيها: أنْ لا هَدْيَ عليه، وعلى ما في المدونة أن يعيد المشي من حيث حَلف إلا أنْ يكون وطىء ناسياً فحينئذ يمشي من الميقات، ويجب عليه الدم لتفريق المشي لأنه مغلوب على التفرقة بالوطء ناسياً كما هو مغلوب عليها بالعجز عن المشي، فيجزيه المشي ويهدي في المسألتين جميعاً.

مسألة

وسئل عن المحرم يصاد من أجله الصيد فيأكل منه، قال: أرى عليه جزاءه إن كان أكل منه وقد علم أنه صيد من أجله. قيل له: فإن أكل منه محرم لم يصد من أجله، قال: لا أحب له أن يفعل، فإن فعل لم يكن عليه شيء، وبئس ما صنع، قيل له: فإن صيد لجماعة من المحرمين فأكلوا منه وهم يعلمون أنه صيد من أجلهم، قال: يكون على كل واحد منهم جزاء ذلك الصيد. قال: فإن أكله منهم من لم يعلم أنه صيد من أجله فلا شيء عليه، قال: وكل شيء صيد من أجل الحاج فأكل منه من قد علم أنه قد صيد من أجل الحاج، فإنه إن كان محرماً يوم صيد ذلك الصيد فعليه جزاؤه إن أكل منه وهو يعلم؛ وإن لم يعلم أنه صيد من أجل الحاج أو تبين له أنه صيد للحاج قبل أن يحرم هذا الذي أكل منه فلا شيء

عليه قال: ولا أحب له أن يتعمد الأكل منه؛ قيل له: فإن صيد من أجل رجل محرم صيد يتأخر عنه القدوم[١٢٨] فأكل منه بعد ما حل عليه شيء؟ قال: لا أحب له أن يأكل منه ولا أرى عليه شيئاً إن فعل، قال: وكل شيء صيد من أجل الحاج فلا أحب لِحَرَامٍ لم يصد من أجله خاصة ولا بعد ما أحرم بالحج أو بالعمرة ولا لِحَلَالٍ أن يأكل منه، فإن فعل فلا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: لم يختلف قوله في هذه الرواية أن من صيد من أجله صيد وهو محرم فأكل منه وهو يعلم أنه صيد من أجله فعليه جزاؤه، واختلف قوله فيها إن صيد للمحرمين وهو محرم يوم صيد لهم فأكل منه وهو يعلم أنه صيد للمحرمين وهو محرم فقال أولاً: عليه جزاؤه، وقال آخراً: لا شيء عليه، وذلك بَيِّنٌ من قوله لم يصد من أجله خاصة، فبين أنه لا جزاء عليه إن أكل منه إلا أن يكون صيد من أجله خاصة [بعد ما أحرم][١٢٩] وأما إن صيد للمحرمين فلم يأكل منه حتى حل من إحرامه فهو كغيره من المحلين لا جزاء عليه فيه، وقد قيل فيها صيد للمحرم: إنه لا جزاء عليه فيه وإن أكل منه وهو يعلم أنه صيد من أجله إلا أن يعلمه بذلك قبل ذبحه فيذبحه على ذلك أو يأمره بصيده.

وفي هذه المسألة اختلاف كثير، يتحصل[١٣٠] فيها خمسة أقوال:

أحدها: أنه لا يأكله الذي صيد من أجله ولا غيره، فإن أكل منه هو أو غيره من المحرمين وهو يعلم وجب جزاؤه عليه.

والثاني أنه لا يأكله هو ولا غيره، فإن أكله هو وهو عالم وجب عليه جزاؤه، وإن أكل منه غيره من المحرمين لم يجب عليه جزاؤه.

---

(١٢٨) كذا بالأصل وفي ق ١ (فتأخر عنه القوم) أما ق ٢ ففيها: (فتأخر عند القوم).
(١٢٩) ساقط من الأصل فأضفناه.
(١٣٠) في ق ١ (فيتحصل).

والثالث: أنه لا يأكل منه هو ولا غيره، فإن أكل منه هو أو غيره لم يجب عليه جزاؤه.

والرابع: أنه لا يأكل منه هو، ويأكل منه غيره.

والخامس: أنه يأكل منه هو وغيره.

وأما ما صاده الحَلَالُ أو الحَرَامُ في الحرم فلا اختلاف في أن ذلك لا يوكل، ولا في أن الجزاء واجب فيه، وفي جواز أكل المحرم لحم ما صاده الحَلالُ في الحل أربعة أقوال:

أحدها: أن ذلك جائز جملة من غير تفصيل،

والثاني: أن ذلك لا يجوز [جملة](١٣١) أيضاً من غير تفصيل،

والثالث: أنه يجوز إلا أن يكون صيده(١٣٢)،

والرابع: أن ذلك جائز إلا أن يكون صيد له أو لغيره من المحرمين.

مسألة

قال: وإن صاد محرم صيداً فحبسه حتى حل ثم ذبحه كان عليه جزاؤه لأن إرساله قد كان لزمه حين صاده وهو محرم، قال: وإن أرسله فكان مما لا يخاف عليه الهلاك بإرساله فلا شيء عليه، وإن كان مما يُخافُ عليه الهلاك فإن أرسله فأرى عليه جزاءه، قيل: فإن كان صاده وهو حَلَالٌ، ثم حبسه في إحرامه حتى حل ثم ذبحه كان عليه جزاؤه(١٣٣).

قال محمد بن رشد: قال إنه إذا صاد المحرم الصيد فحبسه حتى حل

(١٣١) سقط من الأصل فأضفناه من غيره.
(١٣٢) كذا بالأصل وفي غيره: (صيدَ لَهُ).
(١٣٣) في ق ٢: (... ثم حبسه في إحرامه حياً ثم أكله أترى عليه جزاءه).

ثم ذبحه كان عليه جزاؤه، ولم يجب على الذي صاده وهو حلال ثم أحرم وهو في يده فحبسه حتى حل ثم ذبحه، ومذهب ابن القاسم في المدونة وهو قوله في سماع سحنون بعد هذا أن عليه الجزاء بمنزلة إذا صاده وهو محرم لأن إرساله قد وجب عليه لإحرامه وهو بيده، وقال أشهب في سماع سحنون: إنه لا جزاء عليه فيه، وقد ذكر الاختلاف فيها في المدونة قال فيها: قد اختلف الناس في هذا أن يرسله أو لا يرسله، فمن أوجب عليه أن يرسله بعد إحلاله أوجب عليه الجزاء إن ذبحه، ومن لم يجب(١٣٤) عليه إرساله إذ(١٣٥) حل لم يوجب عليه فيه جزاء إن ذبحه، وكذلك إذا صاده وهو حلال ثم أدخله الحرم ثم أخرجه منه فقتله، المسألتان سواء، والخلاف فيهما واحد، وقوله في الذي وجب عليه إرساله إن الجزاء يجب عليه وإن أرسله إذا كان مما يخاف عليه بإرساله صحيح مفسر لما في المدونة ويؤيده ما وقع في المَدَنيَّة قال ابن كنانة: كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه نازلاً بمكة في دار الندوة فدخل عليه عثمان بن عفان ونافع بن عبد الحارث، فقال لهما عمر: إني نزلت في هذه الدار لأستقرب المسجد، فدخلت فوضعت ثيابي على هذا المواقف(١٣٦) وهو شيء ناتىء يجعل عليه الثياب، فوقع عليه حمامة فخفت أن توذي ثيابي فأطرتها فوقعت على هذا الناتىء الآخر، فخرجت حية فأكلتها، فخشيت أن تكون إطارتي إياها سبباً لحتفها، فاحكما عليّ فيها، فقال أحدهما لصاحبه [ما تقول](١٣٧) في عنز ثنية عفراء يحكم بها على أمير المؤمنين، فقال له صاحبه: نحكم عليه بها، وقال ابن القاسم مثله، وبالله التوفيق.

---

(١٣٤) كذا بالأصل وفي غيره: (يوجب).

(١٣٥) في ق ١: إذا.

(١٣٦) كذا بالأصل وفي غيره: الواقف.

(١٣٧) سقط من الأصل فأضفناه من غيره.

ومن كتاب الأقضية

قال: وسئل ابن وهب عن الذي ينسى الرمي يوماً أو يومين ثم يذكر، قال: قال لنا مالك يرمي لما فاته في اليوم الثالث لليومين الماضيين ويهدي.

قال ابن وهب: وأما أنا فأقول: إن كان أخر ذلك متعمداً كان عليه الهدي مع القضاء، وإن أخر ناسياً قضى ولا هدي عليه إذا ذكر ذلك في أيام الرمي، قال: وإن لم يذكر إلا بعد أيام الرمي كان عليه الهدي ناسياً كان أو متهاوناً.

قال محمد بن رشد: قول مالك في رواية ابن وهب هذه عنه: إنه يرمي في اليوم الثالث لليومين ويهدي مثل أحد قوليه في المدونة وله فيها قول ثانٍ إنه لا هدي عليه إذا كان ناسياً مثل قول ابن وهب. وأما إذا ترك متعمداً أو متهاوناً فلا ينبغي أن يختلف في إيجاب الهدي عليه، وكذلك إذا ترك الرمي حتى ذهبت أيام منى لم يختلف قول مالك في إيجاب الهدي عليه، فقول ابن وهب مفسر لأحد قولي مالك في المدونة.

مسألة

قال ابن وهب: وكان مالك يرى على من نسي جمرة العقبة هدي بدنة، وعلى من نسي جمرة من الجمار غير جمرة العقبة هدي شاة، وإن نسي جمرتين فبقرة، وإن نسي الثلاث كلها[١٣٨] فبدنة، كان يستحب هذا ويرى أن أدنى الهدي يجزيه في جميع ذلك [كله][١٣٩].

---

(١٣٨) في غير الأصل: (كلهن).

(١٣٩) سقط من غير الأصل.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في المدونة سواء في الاستحسان، والأصل في أن أدنى الهدي يجزي في ذلك قوله عز وجل: ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ (١٤٠)، وقول ابن عباس: من نَسِيَ من نُسُكِهِ شَيْئاً أَوْ تَرَكَهُ فَلْيُهرِقْ دَماً(١٤١).

مسألة

قيل لابن وهب: أرأيت الذي ينسى الرمي يومين كيف يقضي في اليوم الثالث؟ أيرمي الجمرة الدنيا لليومين جميعاً ثم الأخرى كذلك، ثم الثالثة كذلك؟ فقال: لا، ولكن يرمي الجمار كلهن لليوم الأول كرمي من لم ينسَ، ثم يرمي لليوم الثاني أيضاً الجمار كلهن الأول فالأول(١٤٢) كذلك أيضاً.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه لأن ذلك مقيس على الصلاة، فمن نسي صلاة يومين أو ثلاثة فيقضيها كما تركها صلاة يوم بعد صلاة يوم، ولا يجوز له أن يصلي الصبح ثلاثاً ثم الظهر ثلاثاً، ثم سائر الصلوات ثلاثاً ثلاثاً، فكذلك الجمار، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن نافع(١٤٣) عن المحرم يصيب بيض النعم أَيُؤْخَذُ فيه بقول مالك إن فديته عشر قيمة النعامة؟ قال: لا آخذ في ذلك بقول مالك [هذا](١٤٤) بل أتبع فيه ما جاء عن النبي عليه السلام،

---

(١٤٠) الآية ١٩٦ من سورة البقرة.

(١٤١) هو في كتاب الحج من الموطأ.

(١٤٢) كذا بالأصل وفي غيره: (الأولى فالأولى).

(١٤٣) في ق ١: ابن القاسم.

(١٤٤) سقط من الأصل فأضفناه.

وذلك أن محمد بن أبي كثير حدثني عن محمد بن أبي حرملة عن عطاء بن يسار(١٤٥): أن رسول الله ﷺ سأله رجل محرم عن ثلاث بيضات نعامة أصابهن، فقال: «صم لكل بيضة يوماً».

قال محمد بن رشد: صح الحديث عند ابن نافع فأخذ به، ولم يصح عند مالك أو لم (١٤٦) يبلغه فرجع في ذلك إلى ما يوجبه القياس على ما صح عنه من حديث النبي عليه السلام أنَّ فِي الْجَنِينِ غُرَّةً عَبْداً أَوْ وَلِيدَةً(١٤٧) [والغرة](١٤٨) تقوم خمسين ديناراً أو ستمائة درهم، وذلك عشر الديةِ، فأوجب في بيضة النعامة عشر جزاء النعامة، لأن البيض في الطير كالحمل فيما سواها من الحيوان، فإرادته بما حكى عن مالك أن فدية بيضة النعامة عشر قيمة النعامة عشر جزاء النعامة، فسمى الجزاء قيمة، وجزاؤها عند مالك بدنة، وكذلك جاء فيها عن السلف، ففي بيضة النعامة عند مالك عشر ثمن البدنة التي يحكم بها في جزائها.

مسألة

قال ابن وهب: ومن السنة أن يخير الحكمان من أصاب الصيد إذا استحكما فيقولان له: إن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَـدْياً بالِغَ الْكَعْبَـةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَـامِ

(١٤٥) في ق١: ياسر.
(١٤٦) في ق ٢: (إذ) بدل (أو لم) وعليه علامة (صح).
(١٤٧) هو في الصحاح الستة وعند مالك في الموطأ وفي مسند ابن حنبل، وذكر النووي غَرِيبَتَه في تهذيب الأسماء واللغات فقال: «في الجنين غرة عبد أو أمة هكذا هو في الرواية وكذا المعروف غرة منونة وعبد أو أمة مرفوعان، والغرة اسم للعبد واسم للأمة وحكى القاضي عياض في الإكمال وصاحب المطالع أنه روي أيضاً بإضافة غرة إلى عبد، قالا: والصواب التنوين أو هو أصوب».
(١٤٨) ساقط من ق ١.

مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِياماً ﴾[١٤٩] فَيُخَيِّرانِهِ كما خيره الله تبارك وتعالى، فإن اختار الهدي حكما من الهدي بما يَرَيَانِهِ نظيراً لما أصاب من الصيد ما بينه وبين أن يكون عدل ذلك الذي يحكمان فيه شاة فإنها أدنى الهدي وما لم يبلغ قيمته عندهما أن يحكما فيه بشاة حكما فيه بالطعام. وما اختار أن يحكما عليه فيه بالطعام أو لم يبلغ قيمته ما يحكمان فيه بالشاة فحكما فيه بالطعام فهو مخير بين أن يطعم ذلك الطعام الذي يحكمان به عليه مساكين[١٥٠] أو يصوم مكان كل مُدٍّ يوماً. قلت له: أيطعمه بمكة خاصة أم حيث شاء، ويصوم حيث شاء؟ قال: إذا حكما بالهدي فلا يكون إلا بمكة لقوله تعالى: ﴿ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ ﴾[١٥١] وما صار إلى الطعام أو إلى الصيام فإنه يفعل ذلك حيث شاء. قلت: أرأيت إن أحب أن يطعم في بلده والطعام عندهم أرخص أيُجزئه أن يخرج المكيلة التي حكما بها عليه؟ فقال: لا، ولكن ينظر إلى قيمة ذلك الطعام بالثمن من الدنانير والدراهم حيث أصاب الصيد ووجب عليه الحكم، يشتري بذلك الثمن طعاماً ببلده، قلت: أرأيت إن وجد الطعام ببلده أغلى منه حيث حكم عليه أيجزيه أن يشتري بذلك الثمن الذي باع وإن قل الطعام أم لا يجزيه إلا أن يطعم تلك المكيلة التي حكما بها عليه؟ قال: يشتري بذلك الثمن الذي باع به الطعام الذي حكم به[١٥٢] عليه حيث أحب أن يتصدق بالطعام غلا الطعام بذلك البلد أو رخص لا شيء عليه إلا ذلك.

---

(١٤٩) الآية ٩٥ من المائدة.

(١٥٠) في ق ٢: (المساكين) معرفاً.

(١٥١) تقدم تخريجه قريباً.

(١٥٢) في ق ٢: (فيه) وعليه علامة (صح).

قال محمد بن رشد: قوله: وما صار من ذلك [إلى][١٥٣] الطعام أو الصيام فإنه يفعله حيث شاء هو نص قول مالك في الموطأ، فما زاد بعد ذلك من قوله إنه إن أراد أن يطعم بغير البلد الذي أصاب فيه الصيد فيشتري بما تشرى[١٥٤] المكيلة التي حكم بها عليه في البلد الذي أصاب الصيد فيه طعاماً بالبلد الذي يريد أن يطعم به كان ذلك أقل من المكيلة التي حكم بها عليه أو أكثر هو تفسير لقول مالك في الموطأ ولما في المدونة أيضاً، لأن معنى قوله فيها ليس له أن يطعم في غير ذلك المكان أي ليس له أن يطعم المكيلة التي حكم عليه بها في غير ذلك المكان ليرتفق برخص الطعام فيه بدليل قوله يحكم بالطعام بالمدينة ويطعمه بمصر إنكاراً لمن يفعل ذلك، فلا يجزي من فعله.

قال ابن حبيب: إنه إن لم يطعم بالموضع الذي حكم به عليه أو فيما قاربه فليخرجه على أرخص السِّعْرَيْنِ، وهو احتياط واستحسان من نحو قوله فيمن وجبت عليه زكاة دينار فأراد أن يخرج عنها دراهم أنه يخرج قيمتها من الدراهم إلا أن يكون قيمتها أقل من عشرة دراهم بدينار فلا ينقص من ذلك شيئاً وسائر ما في الرواية صحيح مثل ما في المدونة وغيرها لا إشكال فيه ولا كلام والله أعلم.

ومن سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن الذي يقول: عَلَيَّ هدي عبد أو ثوب، قال: ينظر إلى أوسط الثياب أو العبيد وعلى قدر ما يرى، فيبعث بثمنه فيشتري بثمنه هدياً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه لما لم يسم في ذلك قيمته وجب أن يرجع فيه إلى الوسط، كمن تزوج بأروس ولم يصفها، أو كاتب عبده على أروس بغير صفة.

---

(١٥٣) إضافة من ق ٢.

(١٥٤) كذا بالأصل وفي ق ٢: (تسوى).

مسألة

قال ابن القاسم في الذي يقول: عليّ هدي رقبة من ولد إسماعيل، قال: ينظر إلى أقرب الناس بولد إسماعيل ممن يُسْتَرقّ، فينظر إلى قيمة وسط من ذلك، فيبعث بثمنه فيشترى به هدي، قال مالك: الذي يقول: عَليّ عتق رقبة من ولد إسماعيل مثل هذا، وهذا مثله.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه إذا نذر عتق رقبة أو هدي [رقبة](١٥٥) فسمى جنساً كان عليه الوسط من ذلك الجنس، فكذلك إذا سمى نسباً كان عليه الوسط من ذلك النسب لأن بعض الأنساب أشرف من بعض وأعلى ثمناً، كما أن بعض الأجناس أفضل من بعض وأرفع ثمناً، وقد سئل رسول الله ﷺ عن أفضل الرقاب فقال: أَعْلاَهَا ثَمَناً وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا(١٥٦).

مسألة

قال ابن القاسم: قال مالك فيما صيد لمحرم فأكله وهو يعلم أنه صيد له فعليه جزاؤه، قال: وإن أكله غيره من المحرمين فليس عليه شيء، وبئس ما صنع، قلت لابن القاسم: إن علموا أنّه صيدَ لمحرم أو لم يعلموا؟ قال: نعم. قلت: فإن لم يعلم الذي صيد له فأكل منه فلا شيء عليه؟ قال ابن القاسم: وكل ما صيد للمحرمين يتلقونهم به، فأكله محرم وهو يعلم أنه صيد لهم، قال: أمّا إن كان محرماً يوم صيد لهم فأكله رجل من أولئك وهو يعلم فعليه الفدية، وإن لم يعلم فلا شيء عليه، ومن أكله من المحرمين ممن أحرم بعد ما صيد للمحرمين فلا شيء عليه، وبئس ما صنع، وإن علم أنه

(١٥٥) إضافة من ق ٢.

(١٥٦) عند البخاري وابن ماجه وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.

صيد للمحرمين إذا كان قد صيد قبل أن يحرم هذا، قال ابن القاسم: قال مالك: ولو أن رجلاً بلغه أن رجلاً يريد الحج فصاد له أو قوم أرادوا الحج فصيد لهم قبل أن يحرموا ثم أحرموا فلا شيء عليهم في أكله، قيل له: فإن صيد صيد من أجل رجل محرم بعينه وهو محرم فلم يأكل المحرم منه حتى حل من إحرامه، قال: بئس ما صنع، ولا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة وتحصيل الاختلاف فيما فيه اختلاف منها في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى فلا معنى لإعادته.

مسألة

قلت: أرأيت رجلاً صاد صيداً وهو حلال أو حرام فأدخل الحلال صيده الحرم، أو أحرم وهو معه ثم أخرجه، أو حل من إحرامه وحل الذي صاده وهو محرم، والصيد معهم لم يرسل فأكلاه؟ قال: أرى عليهما الجزاء، لأنه مما قد وجب عليهما إرساله. قيل وإن كان مما لا يحل فأرى عليهما جزاءه، وقد خالفني فيها أشهب وقال: لا شيء عليهما.

قال محمد بن رشد: وهذه المسألة أيضاً قد مضى تحصيل القول فيها في الرسم المذكور من سماع يحيى.

مسألة

وقال في رجل قال: قد كنت نذرت أن أمشي لله حافياً فاسألوا عن يميني، فما وجب عليّ فأنفذوه عني، قال: أرى أن يهدي بكفافه من النفقة إلى مكة، والكراءهدايا(١٥٧) ولا يحج عنه.

---

(١٥٧) كذا.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة لا اختلاف فيها في المذهب إذ لم يوص أن يمشى عنه، وإنما أوصى أن ينفذ عنه ما وجب عليه في ذلك، ولو أوصى أن يمشى عنه لما نفذت وصيته بذلك عند مالك خلافاً لسحنون، وقد مضى القول في ذلك في رسم حلف الأول من سماع ابن القاسم.

مسألة

وسألت سحنون: هل للمحرم أن يسافر اليوم واليومين والثلاثة؟ قال: نعم، وليس هو مثل المعتكف.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن المحرم له أن يتصرف في حوائجه ويبيع ويشتري في الأسواق، قال تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ الآية(١٥٨)، يريد التجارة في مواسم الحج، فحاله خلاف حال المعتكف في السفر أيضاً إن أراده، والله الموفق.

مسألة

قلت: فالمحرم يدخل مكة متمتعاً في أشهر الحج، ثم تعرض له الحاجة بعد إحلاله من عمرته إلى مثل جدة والطائف، فيخرج إليها، أرأيت إذا رجع من سفره ذلك إلى مكة أيدخل بإحرام أم بغير إحرام؟ قال: إن كان حين خرج إلى سفره ذلك نوى الرجوع إلى مكة [من عامه](١٥٩) ليحج من عامه ذلك فليس عليه أن يدخل بإحرام، مثل ما قال مالك في الذين يختلفون إلى مكة بالحطب والفاكهة إنهم لا إحرام عليهم، وإن كان ممن(١٦٠) خرج إلى سفره

---

(١٥٨) الآية ١٩٨ من سورة البقرة.

(١٥٩) ساقط من ق ١.

(١٦٠) كذا بالأصل وفي غيره: (حين).

خرج خروجاً لا ينوي فيه العودة، فلما خرج بدا له فأراد العودة فعليه الإحرام، ونزلت بأبي سليمان أيوب بن أبا(١٦١).

قال محمد بن رشد: قوله: إن من خرج من مكة إلى موضع قريب علم أن يعود إليها فليس عليه إذا رجع إليها أن يدخل بإحرام هو مثل ما في المدونة في الذي كان عليه هدي من جزاء صيده فلم ينحره حتى ذهبت أيام منى فاشتراه بمكة وأخرجه إلى الحل أنه ليس عليه أن يدخل محرماً ويدخل حلالاً، وكذلك أيضاً عند مالك من خرج على أن لا يعود إذا رجع من قرب لأمر عاقه كما فعل عبدالله بن عمر إذ خرج من مكة إلى المدينة، فلما بلغ قُدَيْداً بلغه خبر الفتنة فرجع فدخل مكة بغير إحرام بخلاف إذا بدا له من(١٦٢) سفره لأَمْرٍ رآه على ما في هذه الرواية فليست بخلاف لمذهب مالك في المدونة، وأما من خرج إلى موضع بعيد أو إلى موضع قريب فأقام فيه أو كان من سكان المواضع القريبة فعليه إذا دخل مكة أن يدخل محرماً وإن كان من أهل مكة إلا مثل الحطابين(١٦٣) وغيرهم ممن يكثر تَرْدَادُهُمْ إلى مكة فليس عليهم أن يدخلوا بإحرام لمشقة ذلك عليهم، وحَدُّ القرب مَا إذَا خرج إليه على أن يعود لم يلزمه أن يطوف للوداع، وهو ما دون المواقيت، لأنه قد نص في الحج الثالث من المدونة أن من خرج إلى ميقات من المواقيت ليعتمر منه فعليه إذا خرج أن يطوف للوداع، فلو خرج إليها على هذا لحاجة على أن يرجع لوجب عليه إذا رجع أن يدخل بإحرام، هذا تحصيل مذهب مالك في هذه المسألة.

ومن أهل العلم من جوز دخول مكة بغير إحرام لجميع الناس لدخول رسول الله ﷺ مكة عام الفتح حالاً(١٦٤) وعلى رأسه المغفر، وروي أنه دخلها

(١٦١) شكله في ق ٢ شكل قلم بضم الهمزة وتشديد الباء.
(١٦٢) كذا بالأصل وفي ق١ : (عند) أما ق ٢ ففيها: (عن).
(١٦٣) في ق١ (الحاطبين).
(١٦٤) كذا بالأصل وفي غيره: (حلالا).

وهو معتم بعمامة سوداء، وإلى هذا ذهب ابن شهاب، ولا حجة له في ذلك، إذ قد قال ﷺ: «إنه إنَّمَا أُحِلَّت لَهُ سَاعَةً مِنَ النهار ثُم عادت كحرمتها من يوم خلق الله السماوات والأرض(١٦٥)»، إلا أنه تأول أن الذي أحل له في تلك الساعة خاصة إنما هو القتال، وأما دخولها حلالاً فهو حل له ولمن شاء من جميع الناس، ومن أهل العلم من أجاز ذلك لأهل مكة خاصة، ومنهم من أجاز ذلك لمن كان منزله دون الميقات، وتعلق بفعل ابن عمر، إذ قد رجع من قُدَيْد فدخل مكة بغير إحرام، وهو تعلق ظاهر، إذ لا فرق في القياس والنظر بين أن يرجع لعارض عرض له أو لأمر رآه، إلا أنه قد جاء عن ابن عباس خلاف ذلك مثل ما ذهب إليه مالك، ومنهم من أجاز ذلك لمن كان منزله الميقات فما دونه وبالله التوفيق.

ومن سماع محمد بن خالد من ابن القاسم

وسئل ابن القاسم عن الرجل يكون له القرية ليس له غيرها أيبيعها في حجة الإسلام ويترك ولده لا شيء لهم يعيشون به؟ فقال ابن القاسم: نعم، ذلك عليه ويترك ولده في الصدقة.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال من أن الرجل يلزمه أن يبيع ضيعته في الحج لأن الله أوجبه عليه فوجب عليه أن يبيع فيه من ماله ما يبيعه عليه السلطان في الدين، وأما قوله: ويترك ولده في الصدقة فمعناه إذَا أُمِنَ عليهم الضيعة ولم يخش عليهم الهلاك إن تركهم لأن الله أوجب عليه نفقتهم في ماله كما أوجب عليه الحج فيه، فهما حقان لله عز وجل تعينا عليه في ماله، فإذا ضاق عنهما ولم يحمل إلا أحدهما وجب أن يبدأ بنفقة الولد لئلا يهلكون(١٦٦) لأن خشية الهلاك عليهم يسقط عنه فرض الحج، كما [لو](١٦٧) خشي الهلاك

---

(١٦٥) أنظر صحيح البخاري وسنن النسائي والترمذي وأبي داوود ومسند ابن حنبل.
(١٦٦) كذا بالأصل، وفي غيره: يهلكوا.
(١٦٧) ساقط من ق ١.

على نفسه، وهذا القول بأنه على الفور، وأما على القول بأنه على التراخي فلا إشكال في تبدئة نفقة الولد، فإن قال قائل فإن الرجل إذا فلس لغرمائه يؤخذ منه لهم جميع ماله ولا يترك له نفقة أولاده إلا ما يعيشون به الأيام وإن خشيت عليهم الضيعة والهلاك فكذلك الحج، قيل الفرق بينهما أن هذا المال مال الغرماء، والغرماء لا يلزمهم من نفقة أولاده إلا ما يلزم جميع المسلمين من المواساة، وهو يلزمه النفقة على أولاده من ماله فافترقا، وهذا بَيِّنٌ، ونفقة الزوجة كنفقة(١٦٨) الأولاد، وقد مضى القول في نفقة الزوجة في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم، وأما نفقة الأبوين فحكمها حكم نفقة الابن عند من أوجبها، وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال ابن القاسم في الذي يحج عن رجل بأجْرٍ فيفسد حجه بإصابة أهله، قال: أرى عليه القضاء بحجة صحيحة من ماله استؤجر عليها مقاطعة أو دفع إليه على البلاغ فذلك واحد، وإن كان إنما أصابه أمر من الله لم يكن من قِبَلِهِ مثل أن يمرض أو ينكسر فإنه يقضي ذلك الحج عن الميت هو أحب إليّ، وإن كان استؤجر مقاطعة فعليه القضاء أيضاً على كل حال، وكذلك الذي يُحْصَرُ حتى يفوته الحج وما أشبه ذلك، والذي يخفى عليه الهلالُ حتى يفوته الحج.

قال محمد بن رشد: في قولـه في أول المسألة في الذي حج عن غيره بأجرة فأفسد حجه بإصابة أهله إن عليه القضاء بحجة صحيحة من ماله استؤجر عليها مقاطعة أو دفع إليه على البلاغ فذلك واحد نظراً لأن الذي دفع إليه المال على البلاغ إذا حج به وأفسد حجه بإصابة أهله ضمن المال وترتب

(١٦٨) كذا بالأصل وفي غيره: (بخلاف نفقة الأولاد).

في ذمته فإنما يلزمه غرم المال، ولا يجوز أن يحج ثانية عن الميت بما عليه من المال لأنه فسخ الدين في الدين، فالواجب أن يوخذ منه المال، فإذا أخذ منه دفع إليه أو إلى غيره إما على الإجارة أو على البلاغ، فالمسألتان مستويتان(١٦٩) في وجوب الضمان، ويفترقان(١٧٠) فيما يضمن، فيضمن في الإجارة الحج، وفي أخذ المال على البلاغ المال، فكلامه ليس على ظاهره، ووجهه الذي به يستقيم هو أنه أجاب عن الإجارة التي سأله عنها بقوله: أرى عليه القضاء بحجة صحيحة من ماله، تَمَّ جوابه ها هنا، ثم استأنف كلاماً آخر فقال: استؤجر عليها مقاطعة أو دفع إليه على البلاغ فذلك واحد، يريد أن ذلك واحد في وجوب الضمان وإن افترق الوجهان فيما يضمن فيهما، وفي قوله بعد ذلك: وإن كان إنما أصابه أمر من الله تعالى لم يكن من قِبَلِهِ مثل أن يمرض أو ينكسر، يريد فيفوته الحج وقد أخذ المال على البلاغ فإنه يقضي ذلك الحج عن الميت هو أحب إليَّ، إشكالٌ إذ لم يبين من مال من يكون القضاء ولا تقيد ضبط يقضي في الرواية إن كان يقضي أو يُقْضَى على لفظ ما لم يسم فاعله، فقرأ ابن لبابة يقضي وقال في المنتخب: معناه أن الذي أخذ المال على البلاغ يقضي من مال الميت لا من مال نفسه وحسبه أن يتولى هو القضاء بنفسه استحب ذلك له ابن القاسم، فصرف قوله هو أحب إليَّ إلى تَوَلِّيهِ القضاء بنفسه وأوجب النفقة في ذلك في مال الميت وفي هذا بُعْدٌ لأن القضاء إذا كان من مال الميت ولم يلزمه هو ضمان فلا وجه لاستحسان ولايته هذا القضاء(١٧١) هو وغيره في ذلك سواء، ولعل غيره بذلك أحق وأولى، والصواب أن تقرأ الكلمة يُقْضَى على لفظ ما لم يسم فاعله، فيكون المعنى في ذلك أن الورثة يقضون الحج عن الميت من أموالهم لأنهم ضامنون للمال إن كان الميت أمرهم بالاستئجار فدفعوه على البلاغ، أو لم يبين لهم كيف يدفعونه فتركوا أن يدفعوه على الإجارة ودفعوه على البلاغ، أو من مال الميت إن كانوا

(١٦٩) في غير الأصل: (تستويان).
(١٧٠) في غير الأصل: (تفترقان).
(١٧١) كذا بالأصل وفي غيره: (. . . . ولايته هو القضاء إذ هو وغيره في ذلك سواء).

دفعوه على البلاغ وقد أمرهم بذلك أعني من ثلث بقية مال الميت إن كان المال لم يقسم باتفاق، وإن كان قد قسم فعلى الاختلاف في الذي يوصي أن يشترى عبد من ثلثه فيعتق فاشترى ولم ينفذ له العتق حتى مات، وقد اقتسم الورثة المال، إذ قد قيل إنه يشترى عبد آخر من بقية ثلث المال، وهو ظاهر ما في المدونة، وقيل من بقية الثلث، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الوصايا، وقوله بعد ذلك وإن كان استؤجر مقاطعة فعليه القضاء على كل حال، يريد بقوله على كل حال سواء أفسده بإصابة أهله، أو فاته بمرض أو كسر، وقوله بعد ذلك وكذلك الذي يحصر حتى يفوته الحج، قال ابن لبابة: لا يريد به حصر العدو لأن حكم من استؤجر على الحج فحصره العدو أن يحل حيث حصر، ويكون له من إجارته بقدر ما بلغ من الطريق، وكذلك في مختصر أبي زيد بن أبي الغمر، وفي المدونة قال: وإنما يريد به الحصر الذي هو في حكم حصر المرض، مثل أن يتهم في دم فيحبس فيه حتى يفوته الحج أو ما أشبه ذلك يقول: فهذا كله، والذي يخفى عليه الهلال حتى يفوته الحج، [كالذي يمرض أو ينكسر حتى يفوته الحجّ، وكالذي يفسد الحجّ بإصابة أهله، يجب عليه في ذلك كله القضاء، والذي أقول به: إنه إنما أراد الذي يحصر بعدو، وأنه لا فرق في هذه المسألة بين أن يفسد حجه بإصابة أهله أو بحصر عدو أو مرض أو كسر أو خطأ عدداً أو خفاء هلال حتى يفوته الحجّ](١٧٢) وأنه يجب عليه في ذلك قضاء الحج لأنه قال فيها: إن الاستئجار كان مقاطعة، ومعناه أن يستأجره على حجة ولا يسمى في أي سنة، فتكون عليه الحجة على الحلول، فإن أفسدها في أول سنة أو حصر بعدو أو مرض أو خطأ عدد حتى فاتته الحجة كان عليه قضاؤها في السنة التي بعدها، وإنما يفترق حصر العدو من حصر المرض إذا كان الاستئجار لسنة بعينها ولم يكن مقاطعة، فهذا قال فيه في المدونة: إنه إن أحصر بعدوٍّ رد(١٧٣) المال، ويكون له من إجارته

---

(١٧٢) ساقط من الأصل.

(١٧٣) كذا بالأصل وفي غيره: يرد.

بحساب ذلك الموضع الذي صُدَّ فيه(١٧٤)، ويأتي على هذا أنه لو أفسد الحج بإصابة أهله أو فاته بخطإ عدد لوجب أن يرد المال ولم يجز أن يقضي الحج في سنة أخرى، لأن الاستئجار لَمَّا انفسخ بذهاب السنة التي وقع الاستئجار لها ووجب عليه رد المال لم يجز أن يفسخ في حج سنة أخرى لأنه فسخ الدين في الدين، وأما إن أُحْصِرَ بمرض حتى فاته الحج فلم يقع لذلك جواب في المدونة ويحتمل أن يفسر مذهب ابن القاسم فيها بما قال ابن حبيب في الواضحة من أنه تكون نفقته على نفسه ما أقام مريضاً حتى يأتي البيت فيحل بـه، ولا يجزي الحجة عن الميت، ولا يكون عليه هو شيء لأنه قد بلغ إلى مكة، وزاد على ما استؤجر عليه بقاؤه محرماً مريضاً حتى وصل البيت، وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: قد حججت حججاً ما تمتعت قط ولا قرنت.

قال محمد بن رشد: هذا يدل من قوله وفعله على أن الإِفْرَادَ بالحج أفضل من التمتع ومن القِرَانِ، وهذا هو مذهب مالك على ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أفرد الحج، وقد اختلفت الآثار بما كان له محرماً ﷺ في حجته التي حج فيها بعد أن فرض الحج وهي حجة الوداع، فروي أنه أفرد الحج، وروي أنه قرن، ورُوي أنه تمتع بآثار [ثابتة](١٧٥) صحاح لا مطعن لأحد فيها، فمن ترجح عنده فيها(١٧٦) أنه كان مُفْرِداً رأى الإفراد أفضل، وإلى هذا ذهب مالك رحمه الله، ومن ترجح عنده منها أنه كان قارناً رأى القِرَانَ أفضل، ومن ترجح عنده منها أنه كان متمتعاً رأى التمتع أفضل، ومن أهل العلم من ذهب إلى أنه لا فضل لواحد منها على الآخر، إذ

(١٧٤) كذا بالأصل وفي غيره: عنه.
(١٧٥) ساقط من ق١.
(١٧٦) في غير الأصل: منها.

قد روي في كل واحد منها أن النبي عليه السلام كان محرماً به، وقد اختاره جماعة من السلف وعمل به، ومنهم من ذهب إلى أن الإفراد أفضل، ثم التمتع لأنه المذكور في القرآن، ثم القِرَان لأنه مَقيسٌ على التمتع، ومن حجة من ذهب إلى أن الإفراد أفضل وجوب الهدي على المتمتع والقارن، قالوا: وإنما وجب عليهما[١٧٧] للنقص في عملهما، فما لا نقص فيه أفضل، وقال من ذهب إلى أن القِرَان والتمتع أفضل: ليس الهدي فيها جبراً لنقص، وإنما هو زيادة فضل بدليل جواز الأكل منه، ولو كان لجبر نقص لم يؤكل منه كما لا يؤكل من الفدية، قال بذلك من ذهب إلى أنه لا يؤكل من هدي الفساد والفوات، ولا من كل هدي يُسَاقُ لشيء نقص من أمر الحج، والأصح من جِهَةِ الإسناد أن رسول الله ﷺ كان قارناً لأنه قد جاء عنه أنه قال لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه لما قدم عليه من اليمن: «بِمَاذا أهللت؟» قال: قلت لبيك بإهلال كإهلال النبي عليه السلام، قال: فإني قد سقت الهدي وقرنت[١٧٨] وهو ﷺ كان أعلم بأمره وبما كان [به][١٧٩] محرماً من غيره، وعلى أنه كان قارناً يمكن أن يصحح[١٨٠] الآثار كلها ويجمع بينها بما ينفي الاختلاف والتعارض عنها، وذلك على وجهين: أحدهما أنه يحتمل أن يكون أحرم حين صلى الركعتين في المسجد بعمرة مفردة، فلما استوت به راحلته في فناء المسجد أهل بحجة مفردة أضافها إلى العمرة المتقدمة، فصار بذلك قارناً، فلما أشرف على البيداء وهو قارن قال: لبيك بعمرة وحجة معاً، قال[١٨١] من حضره في المسجد حين أهل بعمرة وغاب عنه فيما بعد ذلك: إنه تمتع، وقال من حضره حين استوت به راحلته وغاب عنه في المسجد وحين أشرف على البيداء: إنه أفرد الحج، وقال من حضر الأمْرَيْنِ جميعاً أو من حضره حين أطل

---

(١٧٧) في ق١: عليه.
(١٧٨) في ق ١: فقرنت.
(١٧٩) سقط من ق ١.
(١٨٠) في ق ٢: تصحح.
(١٨١) في غير الأصل: فقال.

على البيداء: إنه قرن، والوجه الثاني وهو الأظهر أنه أحرم أولاً بحجة مفردة على ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أفرد الحج، ثم فسخ ﷺ بعد ذلك حجة في عمرة نقضاً لما كان عليه أهل الجاهلية من أنهم كانوا لا يستبيحون العمرة في أشهر الحج ويرون ذلك من أفجر الفجور، فكانوا يقولون: إذَا بـرىء الدبر(١٨٢)، وعفا الأثر ودخل الصفر(١٨٣) حلت العمرة لمن اعتمر، لأنهم كانوا يسمون المحرم صفراً فصار بذلك متمتعاً، ثم لما دخل مكة أردف الحج على العمرة فصار قارناً، فصدق من قال: إنه أفرد الحج، وصدق من قال: إنه تمتع، وصدق من قال: إنه قرن، لأنه كان في حال مُفْرِداً، وفي حال متمتعاً، وفي حال قارناً، ويشهد هذا لما ذهب إليه مالك رحمه الله من أن الإفراد أفضل بالحج(١٨٤) لأنه الذي أحرم به رسول الله ﷺ أولاً، وإنما فسخه في عمرة لينقض بفعله ما كان عليه أهل الجاهلية، والله تعالى هو الموفق، لا رب غيره، ولا معبود سواه..

تم الجزء الثاني من الحج بحمد الله تعالى وحوله وقوته والحمد لله.

---

(١٨٢) في ق ١: بدا الدثر.

(١٨٣) في غير الأصل: صفر.

(١٨٤) كذا بالأصل وفي غيره: (الإفراد بالحج أفضل).

كتاب الاستبراء

من سماع ابن القاسم من مالك من كتاب القبلة

قال سحنون: وقال ابن القاسم: سمعت مالكاً قال فيمن ابتاع أمة ولم يذكر هو ولا البائع استبراء، فلما وجب البيع طلب البائع النقد، وقال المشتري حتى نستبرىء رحمها بحيضة، قال: قال مالك: إن كانت الجارية مما يراد بها الوطء فلا ينقد حتى توضع على يَدَيْ عدل حتى يستبري[1] رحمها بحيضة، وأما ما اشتري من الجواري للخدمة فأرى البيع يجوز وينقد الثمن، فإن كان بها حمل ردها على البائع، قال ابن القاسم: قال لي مالك: وإن كان البائع مسافراً لَزِمَتْهُ المواضعة في الجارية التي مثلها يراد للوطء.

قال محمد بن رشد: مذهب مالك رحمه الله أن المواضعة واجب[2] في الجواري المرتفعات وإن لم يطأها سيدها البائع إلا أن تكون ظاهرة الحمل أو زانية أو ذات زوج أو في عدة منه لم يختلف قوله في ذلك كما اختلف في العهدة فيحكم بها عنده على المقيم والغريب، ولا يرخص في تركها للمسافر والمجتاز، وهي أن توضع الجارية على يدي أمين[3] أو رجل له أهل حتى يعرف براءة

(١) في ق ٢: تستبرىء مهموزاً.
(٢) في ق ٢: واجبة.
(٣) في ق ٢ (امرأة) بدل (أمين).

رحمها من الحمل بحيضة إن كانت من ذوات الحيض وبثلاثة أشهر إن كانت يائسة من الحيض[٤] بِكِبَرٍ أَوْ صِغَرٍ إذا كانت ممن توطأ بكراً كانت أو ثَيِّباً أمن منها الحمل أو لم يؤمن، وقد قيل: إذا أمن الحمل منها فلا مواضعة فيها، والضمان في ذلك من البائع، والنفقة عليه، فلا يجوز أن يتلذذ بشيء منها وإن كان الضمان عليه والنفقة عليه من أجل أنه قد أوجبها لغيره، ولا يجوز للمشتري ذلك أيضاً من أجل أن الضمان من غيره، وإن اشتراها في أول دمها أو في عظمه كان ذلك براءة لرحمها ولم يكن فيها مواضعة، وقد كان روي عن مالك أنها تستأنف حيضة أخرى ثم رجع عنه، ولا يجوز النقد في ذلك بشرط، وليست المواضعة بواجبة إجماعاً إلا في التي وطئها سيدُها وإن كانت من الوخش. وقد قال أصبغ: بيوع البُلدانِ كلِّها ما عدا المدينة، وهي بيوعنا بمصر أيضاً في الجواري المرتفعات، ترك المواضعة وتعجيل النقد، فلا يفسد البيع بترك المواضعة إلا أن يشترط تركها وتعجيل النقد والبراءة من الحمل، وفي ذلك اختلاف كثير سنذكره في الرسم الذي بعد هذا، وقد مضى في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب العيوب سبب وجوبها والفرق بين ما تنعى به[٥] الحمل في المرتفعات من الجواري وبين سائر ما يوجد بها من العيوب لمن أحب الوقوف عليه، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال سحنون: سئل مالك عن الرجل يشتري الجارية فيواضعه للاستبراء، فيقول البائع: هلمَّ الثمن فواضعه[٦] على يد[٧] رجل، فقال مالك: ليس له ذلك عليه، وإنما يدفع الثمن إذا وجبت له الجارية.

---

(٤) في ق ٢: المحيض.

(٥) في ق ٢: يتقى من الحمل.

(٦) في ق ٢: نواضعه.

(٧) في ق٢: يدي بلفظ التثنية.

قال محمد بن رشد: ابن المَوّاز يرى أن يوضع الثمن على يدي عدل ويحكم بذلك على المبتاع، وهو قولُ مالك في الواضحة، وفي كتاب ابن عبدوس، وظاهر ما في كتاب الاستبراء والبيوع الفاسدة من المدونة. واختلف إذا وضع بيد عدل فتلف قبل خروجها من الاستبراء، فقيل مصيبته ممن كان يصير إليه، وهو قول مالك في كتاب الاستبراء من المدونة، وقيل: إنه من المبتاع، روي ذلك عن مالك، وعلى قوله هذا إن خرجت الجارية صحيحة من المواضعة لزمه ثمن آخر، وقيل: إنه [يسقط ذلك عنه تلف الثمن][٨] بفسخ البيع، ومعنى ذلك عندي إن لم يرد أن يؤدي ثمناً آخر من عنده، واختلف أيضاً إن خرجت معيبةً من المواضعة والثمن قد تلف هل يأخذُها بالثمن التالف أم لا؟ ففي نوازل سحنون بعد هذا عن أشهب وابن القاسم أن له أن يأخذها بالثمن التالف، وعن غيرهما أن ذلك ليس له إلا أن يغرم ثمناً آخر، وإلى هذا ذهب ابن حبيب فقال: لو كان له أن يأخذها بالثمن التالف لوجب إذا تلف الثمن أن يعطي السلعة والجارية، إذ لا يشك أحد أنه يختار[٩] أن يأخذها إذا لم يؤد فيها ثمناً آخر. وفرق ابن الماجشون في ديوانه على ما فسره ابن عبدوس بين أن يحدث العيب قبل تلف الثمن أو بعده فقال: إن حَدَث العيب قبل تلف الثمن كان له أن يأخذها معيبة بذلك الثمن التالف لأن الخيار قد كان وجب له قبل تلف الثمن، فليس يسقط ذلك عنه تلف الثمن، وإن تلف الثمن قبل حدوث العيب لم يكن له أن يأخذها بذلك الثمن التالف إلا بثمن يدفعه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن رجل وصي رجل باع رقيقاً له في ميراث باعه ونادى فيه إنه بيع ميراث فلان، فباع فيه جارية بمائة دينار، فلما

---

(٨) ساقط من ق ٢.

(٩) في ق ٢: سيختار.

وجب البيع للبائع قال له: تدفع الثمن إليّ، فقال له المبتاع: لا حتى أوضعك(١٠) الجارية، فإني أخشى أن تكون حاملاً، فقال له البائع: إنها جارية فلان ابن فلان، وهي ممن لم تكن توطأ، وقد بعناك بيع ميراث، قال مالك: أرى له أن يواضعه(١١) إياه ولا يعطيه الثمن حتى تخرج من الحيضة، فإن أُلْفِيَتْ حاملاً ردها المبتاع ولم ينفعه شرطه عليه أنها بيع ميراث.

قال محمد بن رشد: هذا ما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب أن الحكم بالمواضعة واجب في بيع الميراث وبيع السلطان كما هو في بيع الناس بعضهم من بعض، لا يفسد البيع بتركها وإن قصدوا فيه إلى ذلك بعادة جروا عليها ما لم يشترطوا تركها نَصّاً، فإن اشترطوا ذلك نَصّاً ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أن البيع جائز والشرط جائز، وهو قول ابن عبد الحكم، والثاني أن البيع فاسد قاله أبو بكر الأبهريّ ومثله في كتاب ابن المواز [في قول](١٢) وقاله ابن حبيب إذا اشترط ترك المواضعة وتعجيل النقد، ومثله في رسم العتق بعد هذا من سماع عيسى، [والثالث](١٣) أن البيع جائز والشرط باطل ويخرج(١٤) إلى المواضعة وهو قول مالك في المدونة وفي رسم تأخير صلاة العشاء بعد هذا. فإن ماتت على هذا القول قبل أن تخرج من المواضعة فقيل: إن مصيبتها من المشتري إن ماتت عنده، حكى ذلك إسماعيل القاضي في المبسوط عن مالك، وقيل: إنها إن ماتت في مِقْدَارٍ ما يكون فيه استبراء لها فمصيبتها من المشتري، وإن ماتت قبل أن يمضي(١٥) لها من المدة ما يكون فيه استبراء لها وهو الشهر فمصيبتها من البائع، وهو قوله في المدونة. وأما إذا باعها بشرط

(١٠) في ق ٢: أواضعك.
(١١) في ق ٢: يواضعها.
(١٢) ساقط من الأصل.
(١٣) ساقط من ق ٢.
(١٤) في ق ٢: تخرج.
(١٥) في ق ٢: تقضي.

البراءة من الحمل فالمشهور من قول مالك وأصحابه أن البيع فاسد والمصيبة من المشتري إن بلغت[١٦] قبل قبضة على حكم البيوع الفاسدة، وقيل البيع جائز والشرط باطل، وقع هذا القول في كتاب محمد، وقيل البيع جائز والشرط جائز وهو قول ابن عبد الحكم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله سن رسول الله ﷺ

وسئل مالك عن الأمة يبتاعها الرجل فتبيت عنده ثم يدعي أنها حامل، قال مالك: فيستأنى[١٧] بها حتى يتبين أنها حامل [فإذا تبين أنها حامل][١٨] وشهد النساء ردت بشهادة النساء، فإذا وجد الحمل بعد ذلك باطلاً لم ترد إلى المشتري، ولا ينبغي أن يستأنى بها حتى تضع لأن الضمان منه، ولكن إذا شهد النساء أنه حمل وتبين ذلك ردت على بائعها ولم يستأني[١٩] بها للوضع.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن الحمل عيب، وشهادة النساء فيه جائزة لأنه مما لا يطلع عليه إلاَّ هُنّ، فتجوز فيه شهادة امرأتين منهن، وهو لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، ولا يتحرك تَحَرُّكاً بَيِّناً يصح القطع على تحركه في أقل من أربعة أشهر وعشر، فإذا شهد النساء أن بها حملاً بَيِّناً لا يشكن[٢٠] فيه من غير تحريك ردت فيما دون ثلاثة أشهر، ولم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال أن يكون حادثاً عند المشتري، وإذا شَهِدْنَ أن بها حملاً يتحرك ردت فيما دون أربعة أشهر وعشر، ولم ترد فيما فوق ذلك لاحتمال أن يكون حادثاً عند المشتري، فإن ردت ثم وجد المشتري ذلك الحمل باطلاً لم ترد إلى المشتري كما

---

(١٦) في ق ٢: تلقت.
(١٧) في ق ٢: (يستأنى) بدون الفاء.
(١٨) إضافة من ق ٢.
(١٩) كذا.
(٢٠) كذا بالأصل وفي ق ٢: (لا يشكون) والعربية فيه هكذا: (لا يشككن).

قال، إذ لعلها قد أسقطته فكتمت ذلك، وقد روي عن مالك أن النفقة لا تجب للمطلقة البائن بظهور الحمل بها حتى تضعه، وأن اللعان لا يكون عليه إلا بعد وضعه، وأن الأمة الحامل [من سيدها](٢١) لا يحكم [لها بحكم](٢٢) الحرة بظهور الحمل بها بعد موته حتى تضع(٢٣) فعلى قياس هذا لا يجب رد الأمة بحمل يظهر بها عند المشتري لم يكن ظاهراً بها حين البيع، ويستأنى بها حتى تضع، فإن وضعته حياً لأقل من ستة أشهر كان له ردها بعيب الولد والولادة، وإن مات الولد ردها بعيب الولادة إن كانت قد نقصتها، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر لم ترد لاحتمال أن يكون أصل الحمل عند المشتري وبالله التوفيق لا شريك له.

ومن كتاب سعد في الطلاق

وقال مالك: من ابتاع أمة وهي في عدتها من وفاة أو طلاق فلا تجرد لينظر منها عند البيع، ولا يلتذ(٢٤) منها بشيء إذا ابتاعها حتى تنقضي عدتها.

قال سحنون: روى ابن وهب عن مالك مثله.

وقال سحنون: ليس على من ابتاع(٢٥) جارية وهي في عدة من طلاق أو وفاة مواضعة الاستبراء(٢٦) إلا أن المبتاع يستبري لنفسه لأن الحمل بها ليس بعيب، إنما هو من زوج قد(٢٧) علم بذلك

(٢١) ساقط من الأصل.
(٢٢) ساقط من الأصل.
(٢٣) في ق ٢: تضعه.
(٢٤) في ق ٢: يتلذذ.
(٢٥) في ق ٢: باع.
(٢٦) في ق ٢: (استبراء) بالتنكير.
(٢٧) في ق ٢: وقد.

ورضي به، فإن جاءت بولد فإنما هو من زوج قد علم أنها في عدة منه.

وقال مالك: من كانت له أمة حامل من غيره فلا يحل له وطؤها كان حملها ذلك عنده أو عند غيره من زوج أو زنىً، فلا أرى أن يقبلها أو يباشرها ولا يغمزها تلذذاً حتى تضع حملها.

قال محمد بن رشد: قول مالك إن من ابتاع أمة وهي في عدتها من وفاة أو طلاق إنه لا يجوز له أن يتلذذ بشيء منها في حال عدتها صحيح لأنه وإن كان الضمان منه إذ لا مواضعة فيها فالنسب لاحق بالزوج الذي هي في عدة منه، كمن زوج أمته فدخل بها زوجها ثم مات عنها أو طلقها فإنه لا يحل له أن يتلذذ بشيء من أمرها في حال عدتها، وإنما يختلف فيمن اشترى أمة من الوخش أو حاملاً ظاهرة الحمل أو في المقاسم وهي حامل أو غير حامل لأن بيع المقاسم بيع براءة، وإن ظهر بها حمل لم يردها؛ فمالك يرى أنه لا يجوز أن يتلذذ منها بما دون الوَطْءِ في حال حملها ولا في حال استبرائها، إذ لا يجوز له الوَطْءُ في تلك الحال، وغيره يبيح له أن يتلذذ منها بما شاء من قبلة أو مباشرة، روي ذلك عن عبدالله بن عمر وغيره من السلف، وذهب إليه ابن حبيب، وقول سحنون: إنه لا مواضعة في الجارية التي تشترى وهي في عدة من وفاة أو طلاق صحيح لا اختلاف فيه، لأن المشتري إنما وقع شراؤه على أنها مشغولة الرحم بماء زوجها، وإن ظهر بها حمل لم ينقص ذلك من ثمنها كثيراً، وكذلك لو اشتراها وهي في استبرائها من زنى لم يكن فيها مواضعة من أجل أن الحمل إذا ظهر بها لم ينقص من ثمنها كثيراً، والمواضعة إنما هي من أجل نقصان كثرة الثمن لحمل(٢٨) إن ظهر [بها](٢٩) وقول مالك أخيراً(٣٠) إن من كانت له أمة حامل من غيره فلا يطأها كان الحمل من زوج أو زنى

(٢٨) في ق ٢: يحمل.
(٢٩) ساقط من الأصل.
(٣٠) في ق ٢: آخرا.

صحيح لا اختلاف فيه لقول النبي عليه السلام: «لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ»[٣١] فإن فعل أدب إلا أن يعذر بجهل، ولم يعتق[٣٢] عليه هي ولا ما في بطنها؛ وقد روي عن الليث بن سعد أنها تعتق عليه هي وما في بطنها، وقضى بذلك عبد الملك بن مروان، ذكر ذلك ابن حبيب، وأما قوله: إنه لا يقبلها ولا يباشرها ولا يغمزها تلذذاً حتى تضع حملها فهو مذهبه أنه لا يجوز له أن يقبل ويباشر إلا ما يجوز له أن يطأ وعلى ما ذكرناه من مذهب ابن حبيب يجوز له أن يقبل ويباشر إن كان الحمل [ظاهراً][٣٣] من زنى، ولم يكن من زوج، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله تأخير صلاة العشاء من الحرس

وسئل مالك عن الرجل يشتري الجارية فيدفعها البائع إلى المشتري فينقلب بها ثم يأتي البائع بعد ذلك بيوم أو يومين فيقول: ادفع إليّ الثمن، فيقول المشتري: لا أدفع إليك شيئاً حتى تحيض وأستبريها، فيقول البائع: قد أغلقت عليها بابك وقد قبضتها مني، قال: قد ائتمنه عليها حين دفعها إليه، فأرى للمشتري ألا يدفع إليه الثمن حتى تحيض، فأرى أن يتواضعاها على يدي امرأة للحيضة واحتج فقال: يمكنه منها ويَأْمَنُهُ عليها، ثم يقول: ادفع إليّ الثمن، ما أرى ذلك له.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن من حق المشتري أن لا يدفع إليه الثمن حتى تحيض لأن النقد في الجارية التي يتواضع[٣٤] مثلها لا يجوز

---

(٣١) لم أقف عليه.

(٣٢) في ق ٢: تعتق.

(٣٣) ساقط من الأصل.

(٣٤) في ق ٢: يواضع.

بشرط حتى تخرج من الحيضة، ولو زاد(٣٥) البائع في هذه المسألة أن يوقف له الثمن بيدي(٣٦) عدل إلى أن تخرج من الحيضة لم يكن ذلك له من أجل أنه قد دفع إليه الجارية، ولو دعا إلى ذلك قبل أن يدفع إليه الجارية لكانت المسألة التي قد مضى الخلاف فيها في أول رسم من السماع، وأما قوله: فأرى أن يتواضعاها على يدي امرأة فهو قول مالك في المدونة: إن البيع لا يفسد بترك المواضعة ويحكم [بها](٣٧) بينهما ما لم يشترط البراءة من الحمل، وقد مضى هذا الاختلاف فيما يفسد به البيع من هذا المعنى في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة، فلا وجه لإعادته وبالله تعالى التوفيق.

ومن كتاب صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسئل مالك عن الرجل يبيع جارية له بالبراءة بيع السلطان فوجد بها حملاً، قال مالك: إن كانت جارية رائعة من جواري الوطء لم أر البراءة تنفعه في الحمل، فقيل [له](٣٨): ثمنها خمسون ديناراً، قال: هذه رَائِعة، لا أرى البراءة تنفعه في الحمل إلا أن تكون جارية من الوخش للخدمة فإني أرى البراءة في ذلك تنفعه.

قال محمد بن رشد: إنما لم ير أن يبرأ في بيع البراءة من الحمل في الجارية الرائعة من أجل أن البراءة من الحمل فيها لا تجوز [فلما كانت البراءة منه لا تجوز](٣٩) ويفسخ البيع بينهما(٤٠)، وكان لفظ البراءة لفظاً عاماً يحتمل أن يحمل على عمومه في الحمل وغيره، وأن يحمل على ما سواه مما لا يفسد

(٣٥) في ق ٢: أراد.
(٣٦) في ق ٢: بيد.
(٣٧) ساقط من ق ٢.
(٣٨) إضافة من ق ٢.
(٣٩) زيادة من ق ٢.
(٤٠) في ق ٢: بها.

البيع به. وحمله(٤١) على ما سواه مما لا يفسد به البيع لم(٤٢) يفسخ إلا بيقين، وإنما لم تجز البراءة من الحمل في المرتفعات من أجل أن الحمل يهدم جل ثمنها، فيلزم على قياس ذلك لو اشترط البراءة من عيب يذهب بجل الثمن كالجذام ونحوه، ونص على ذلك أن يكون البيع فاسداً، إلا أن يفرق بينهما بأن الحمل غالب والجذام وشبهه من الأدواء نَادِرٌ، وإلى أن لا فرق بينهما ذهب ابن عبد الحكم فقال: إن من باع (شاة)(٤٣) واشترط البراءة من الحمل في المرتفعات فالبيع جائز والشرط عامل قِيَاساً على ما رجع إليه مالك من إجازة البراءة في الجنون والجذام والبرص الذي يكون قبل العقد ولم يعلم به البائع بعد أن كان يقول: لا تجوز البراءة فيما يعظم من الأشياء، وأما ما حدث في السمت(٤٤) من الجنون والجذام والبرص فهو يبرأ منه في بيع البراءة قولاً واحداً، والله أعلم.

مسألة

وسئل عن رجل كانت له أم ولد، وكان لها حلي وكسوة، فأوصى عند الموت إن هي قامت على ولدها فدعوا [لها](٤٥) ما كان لها، وإن هي لم تقم وتزوجت فخذوا ما كان في يديها من كسوة وحلي. قال مالك: ليس ذلك له، وأراه لها حين مات، وليس له أن ينتزع منها مالها مما أعطاه في مرضه، وأراها بمنزلة المدبرة.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا تجوز وصية الرجل في انتزاع كسوة أم ولده وحليها صحيح، لأن الحريّة تجب لها بموته، فهو لا يجوز له أن ينتزع

(٤١) في ق ٢: (حمله) بدون الواو.

(٤٢) في ق ٢: ولم.

(٤٣) ساقط من ق ٢.

(٤٤) في ق ٢: السنة.

(٤٥) إضافة من ق ٢.

مالها في مرضه لقربها في تلك الحال من العتق كالمعتق إلى أجل إذا قرب أجل عتقه والمدبر، فإذا لم يجز له أن ينتزعه منها في مرضه فأحرى أن لا تجوز له الوصية بأن ينتزع منها بعد موته، وما كان لها من الحلي والثياب والمتاع الذي يشبه حالها فهو لها، وإن لم يعلم عطية سيدها ذلك لها، وأما الشيء المستنكر الذي لا يشبه أن يكون من هيئتها ولباسها فلا يكون لها بدعواها أنه لها إلا أن تكون لها بينة على أنها أعطيت ذلك أو وهبته أو اكتسبته، وهي في هذا بخلاف الزوجة لأن القول قول الزوجة فيما كان من متاع النساء أنه لها وإن كثر إلا أن يكون للزوج بينة على أنه له أو على أنه اشتراه فيكون له بعد يمينه أنه إنما اشتراه بماله لنفسه لا لها، وهذا كله بَيِّنٌ في الرسوم الباقية من هذا السماع وفي رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب، وبالله التوفيق.

ومن كتاب شك في طوافه

قال ابن القاسم: سمعت مالكاً يقول في أم الولد: إذا هلك عنها سيدها ولها حلي ومتاع أتراه لها؟ قال: نعم إلا أن يكون الشيء المستنكر.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم قبل هذا مما لا اختلاف فيه.

ومن كتاب أوله باع غلاماً بعشرين ديناراً إلى أجل

وقال مالك في أم الولد في ثيابها إذا كانت تستمتع بها وإن لم يكن لها شهود على عطية سيدها إياها وهو معروف أنها كانت تلبسه(٤٦) فأراها لها.

قال محمد بن رشد: وهذا أيضاً مثل ما تقدم فلا وجه للقول فيه وبالله التوفيق.

(٤٦) في ق ٢: تلبسها.

ومن كتاب اوله مساجد القبائل

وسئل مالك عن الرجل يهلك ويترك أم ولد لها ثياب وحلي أتراه لها؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: وهذا مثل ما تقدم أيضاً ومثل(٤٧) القول فيه فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب الأقضية الثالث

قالا: وسئل مالك عن رجل توفي وترك جارية حاملاً منه أتتم حرمتها؟ فقال: إذا كان حملها بيناً فقد ثبتت حرمتها، قيل: إذا كان حملًا بيناً معروفاً تمت حرمتها؟ قال: نعم، فقيل له: إذا مات الرجل وله جارية ولها منه حمل تمت حرمتها حتى تقتل(٤٨) من قتلها وترث وتورث؟ فقال: أما إذا مات عنها سيدها وهي لم تتم حرمتها ولم تجز شهادتها ولم تقتل من قتلها ولم ترث ولم تورث حتى يتبين حملها، فإذا تبيَّن حملها وظهر وعرف تمت حرمتها وجازت شهادتها وقتل من قتلها وورثت وأخذ لها الحدود إذا بان حملها، قيل لها: إن المرأة رُبَّمَا نظر إليها النساء فيقلن(٤٩) هي حامل وكبر بطنها ثم ينفش ذلك فلا يكون في بطنها شيء، فكيف ترث وتورث ويقتل بها من قتلها وهي لعلها ألا يكون لها حمل؟ قال: كذلك هذه، يوقف ذلك منها حتى يتبين حملها، فإذا تبين تمت حرمتها وورثت ورثتها وقتل من قتلها.

قال محمد بن رشد: مثل هذا لمالك في الواضحة من رواية مطرف

---

(٤٧) في ق ٢: (ومضى) بدل (ومثل).

(٤٨) في قٗ ٢: يقتل.

(٤٩) في ق ٢: فقلن.

عنه. وفي كتاب ابن سحنون من رواية ابن القاسم عنه قال: وتعجب من قول من يقول لا تتم حرمتها حتى تضع، وقال المغيرة توقف أحكامها حتى تضع، وهو قول ابن الماجشون في الثمانية وعليه يأتي قوله في الواضحة إن للأمة الحامل من سيدها إذا مات النفقة في ماله حتى تضع حملها إن كان من مذهبه أن أم الولد إذا توفي عنها سيدها وهي حامل فلا نفقة لها على المشهور في المذهب إذ قد اختلف في ذلك حسبما قد ذكرناه في رسم سعد من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة؛ وقال ابن نافع في المَدَنِيَّةِ لا يقتل من قتلها ويستأنى بمن قذفها فإن ولدت حد لها، وفيها أعني في المَدَنِيَّةِ قال عيسى: قال ابن القاسم: سألت مالكاً عن القذف وكان فيها اختلاف بالمَدَنِيَّةِ فقال: أرى أن يضرب من قذفها الحد ثمانين إذا تبين حملها، قيل له: إن قوماً يقولون لو استؤني بها فلعل ذلك ينفش، فأنكر ذلك من قولهم وتعجب منه[٥٠] وقد مضى في رسم من سماع ابن القاسم ذكر اختلاف قول مالك في وجوب الحكم للحمل بظهوره قبل وضعه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

وسئل مالك عن الرجل تكون له أم ولد[٥١] فيزوجها غلاماً له فتلد منه أولاداً فيهب جارية منهن لابنه أيطؤها؟ فقال: نعم، لا بأس بذلك، الرجل يتزوج المرأة ويتزوج ابنه ابنتها، فقيل له: أليس ولد أم ولد بمنزلتها؟ فقال: بلى، ولد كل ذات رحم بمنزلتها، فقيل له: أفليس ولدها معها معتق إلى أجل؟ فكيف يجوز له أن يهب معتقة إلى أجل فيطؤها؟ فسكت.

قال أشهب: والذي[٥٢] لا شك فيه عندي أن كل جارية فيها طرف

(٥٠) في ق ٢: منهم.
(٥١) في ق ٢: (أم الولد) معرفاً.
(٥٢) في ق ٢: (هو الذي ....)

من عتق فليس يجوز لسيدها أن يوطئها أحداً من الخلق لا عبده، ولا ولده ولا غيرهما بملك يمين ولا غيره إلا بتزوج(٥٣) فلا بأس بذلك، ومما يشبهه المدبرة لا يجوز لسيدها أن يوطئها أحداً من الخلق بهبة، وله أن يزوجها.

ومن سماع ابن دينار من ابن القاسم من كتاب استأذن سيده

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يزوج أم ولد رجلاً فتلد له أولاداً ثم يريد أن يهب بعض بناتها لولده أو لأجنبي هل يجوز له أن يطأها؟ قال: قال مالك: لا يطؤها بملك يمين ولا يطؤها إلا بتزويج.

قلت: وكذلك بنات المدبرة لا يطؤهن غير سيدهن، قال: نعم كذلك بنات المدبرة لا يطؤهن أحد سواه إلا بالتزويج.

وقال محمد بن رشد: رأى مالك رحمه الله أنه لا حرمة بين الرجل وبين ما ولدت أم ولد أبيه من غيره بعده ولا قبله يحرم بها نكاحها(٥٤)، وأغفل النظر في صحة الهبة إذ سبق إلى ظنه أن القصد بالسؤال إنما هو إلى هل بينهما حرمة أم لا؟ من أجل أنه قد اختلف في ذلك، فكان طاووس يكره للرجل أن يتزوج ما ولدت امرأة أبيه بعد أبيه من غير أبيه، وروى أبو زيد عن ابن القاسم في كتاب النكاح أن ذلك لا يحل له، ولذلك قال: لا بأس أن يطأها يريد من جهة أنه لا حرمة بينه وبينها، وقوله: إنه لا حرمة بينه وبينها هو الصحيح، وقول من قال: إنّها لا تحل له بعيد، وقد مضى في سماع أبي زيد من كتاب النكاح وجه الكراهية عند من كره ذلك لمن أحب الوقوف عليه، وأما هبة الرجل رقبة ولد أم ولده من غيره فلا يصح، إذ لا يملكها

---

(٥٣) في ق ٢: بتزويج.

(٥٤) في ق ٢: يحرم به عليه نكاحه.

وإنما له خدمتها طول حياته، فالهبة إنما تَصِحُّ فيما يملك من اختدامها ولا يصح بذلك للموهوب [له](٥٥) وطؤها كما قال أشهب ومالك في رواية عيسى عن ابن القاسم عنه، وقد كان الفقيه شيخنا أبو جعفر رحمه الله يحكي لنا عن الفقيه أبي عمر بن القطان أنه كان يقول: لا أقول إن مالكاً وهم في إغفال النظر في صحة الهبة فأخطأ في الجواب، بل أقول: إنه أعمل الهبة في الرقبة مراعاة للاختلاف في جواز بيع أم الولد، فأجاز للابن وَطْأَهَا بالهبة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثاني، قال اشهب وابن نافع:

وسئل مالك عن رجل توفي وترك أم ولد له، فادَّعت متاع البيت، قال: أرى أن تكلف البينة على أن ذلك لها، وإن كان ذلك من متاع النساء لأنها ليست بحرة، إنما(٥٦) هي أم ولد، ثم يكون ذلك لها، قلت: أرأيت ما أعطاها سيدها من الحلي والثياب؟ فقال: ذلك لها إذا مات سيدها.

قلت: أرأيت ما كان من متاع [البيت](٥٧) دنِي؟ فقال: أما الفراش والحلي واللحاف والثياب التي على ظهرها فأرى ذلك لها من كتاب العتق. وسمعته سئل(٥٨) عن أم الولد يتوفى عنها سيدها وفي يدها متاع فيريد الورثة أخذه منها أَذَلِكَ لهم؟ فقال: إن كان وهبه لها فلا.

قال محمد بن رشد: إنما وجب أن تكلف أم الولد البينة فيما ادعته من

---

(٥٥) زيادة من ق ٢.

(٥٦) في ق ٢: وإنما.

(٥٧) ساقط من ق ٢.

(٥٨) في ق ٢: يسأل.

متاع النساء أنه لها سوى ثيابها التي تلبسها والحلي الذي يشبهها إذا نازعها في ذلك ورثة سيدها من أجل أنه لا يَدَ لَهَا مع سيدها إذ لم تتم حريتها إلا بموته، فهي في هذا بخلاف الحرة، وقد مضى في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب طلاق السنة القول في اختلاف الزوجين في متاع البيت موعباً لمن أحب الوقوف عليه، ومضى في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب القول في مال [أُمّ](٥٩) الولد وما يصح منه بالدعوى مما لا يصح، فلا معنى لإعادته، والله الموفق.

ومن كتاب البيوع الأول

وسئل مالك عن الصبية الصغيرة تشترى، أعلى من ابتاعها استبراؤها؟ قال: نعم إذا كان مثلها يوطأ، واستبراؤها ثلاثة أشهر، وإن كانت صغيرة ليس مثلها يوطأ فليس عليها استبراء.

قال محمد بن رشد: أما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا اختلاف في أنه لا مواضعة فيها ولا استبراء، وإنما اختلف في الصغيرة التي يوطأ مثلها ويؤمن الحمل منها، فمذهب مالك وعامة أصحابه وجوب الاستبـراء فيها والمواضعة إن كانت من ذوات الأثمان بثلاثة أشهر لأن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، وقيل شهران، وقيل شهر ونصف، وقيل شهر، وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنه لا يجب فيها استبراء ولا مواضعة، وجاء ذلك عن جماعة من السلف منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والقاسم بن محمد، وابن شهاب، وأبو الزناد، وربيعة، وابن هرمز وغيرهم، وكذلك الكبيرة التي يؤمن الحمل منها، وبالله التوفيق.

من سماع عيسى بن دينار من كتاب نقدها نقدها

قال عيسى: سئل ابن القاسم عن امرأة توفيت وتركت خادماً

(٥٩) إضافة من ق ٢.

وتركت من الورثة زوجها وولدها وهم صغار في حجر أبيهم يليهم، فحضرته الوفاة فقال: إن فلانة للخادم التي بعضها له ولولده الصغار بعضها: قد ولد[٦٠] مني، فأنكر ذلك الورثة بعد موته فقال: القول قوله، والولد يلحقه، وتعتق الجارية، وتخرج حرة، وتقوم عليه في ماله، ويعطون نصيبهم منها، فإن لم يكن له مال فهي حرة، وهي مصيبة دخلت عليهم.

قال محمد بن رشد: أما إذا كان لها ولد أَقَرَّ أنه منه فلا اختلاف في أنه يلحق به وتعتق [هي][٦١] وتخرج حرة، وتقوم عليه في ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فهي مصيبة دخلت عليهم لأن النسب يثبت منهم[٦٢] والحد يسقط عنه، فوجب أن يصدق على ورثته من كانوا كما يصدق في أمته أن ولدها هذا منه وأن حملها منه، وإن كان ذلك في مرضه الذي مات منه، لأن النسب يسقط التهمة عنه، وإنما يختلف إذا أقرَّ لها في مرضه الذي مات منه أنها قد ولدت منه ولا ولد معها، فقيل: إنه لا يقبل قوله وإن كان ورثه ولده، وقيل: إنه يقبل قوله إن كان ورثته ولداً فتعتق من رأس ماله ولا يقبل قوله إن كان ورثته كَلَالَةً، وقيل له[٦٣]: إن كان ورثته ولداً عتقت من رأس المال، وإن كان ورثته كلالةً عتقت من ثلثه، والثلاثة الأقوال كلُّها في المدونة وغيرها، وبالله تعالى التوفيق.

ومن كتاب استأذن سيده في تدبير جاريته

قال عيسى: وسألته عن الأمة يموت عنها زوجها وهي من

---

(٦٠) في ق ٢: (ولدت) بتاء تأنيث.
(٦١) ساقط من ق ٢.
(٦٢) في ق ٢: منه.
(٦٣) في ق ٢: إنه.

اللاّئي [قد](٦٤) يئسن من المحيض كم عدتها؟ قال: شهران وخمس ليال.

قلت: فإن باعها سيدها في العدة؟ قال: لا يطؤها مشتريها. حتى يستبريها بثلاثة أشهر من يوم هلك عنها زوجها، ولا ينقلها مشتريها من بيتها التي(٦٥) كانت تبيت فيه حتى تعتد فيه شهرين وخمس ليال من يوم مات عنها زوجها، فإذا مضى لها شهران وخمس ليال انتقلها(٦٦) مشتريها ولكن لا يمسها حتى يستبريها(٦٧) بثلاثة أشهر بالشهرين والخمس ليال من يوم مات عنها زوجها.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الأمة الآيسة(٦٨) من المحيض تعتد من وفاة زوجها شهرين وخمس ليال، ثم ينقلها مشتريها من بيتها إن شاء ولا يطؤها حتى تتم ثلاثة أشهر معناه في الأمة اليائسة من المَحِيض لِصِغَرٍ(٦٩) أو لكبر والْحَمْلُ غير مأمون منها وقد دخل بها لأن التي لم يدخل بها والتي يؤمن الحمل منها وإن كان يوطأ مثلها لا اختلاف في أن عدتها تنقضي بالشهرين والخمس(٧٠) ليال كما ينقضي(٧١) بها إذا كانت في سن من تحيض فحاضت فيكون لسيدها أن يطأها وأن يزوجها وليس عليه أن ينتظر بها تمام ثلاثة أشهر

(٦٤) زيادة من ق ٢.

(٦٥) في ق ٢: الذي.

(٦٦) كذا بالأصل، ومثله في ق ٢ وجاء في أساس البلاغة للزمخشري ما نصه: «نقلته فانتقل وتنقل، ونقلته كثيراً وتناقلوه، وانتقلته نقلته لنفسي، قال الجعدي:

ما تظنون بقوم قتلوا أهل صفين وأصحاب الجمل
وابن عفان حنيفاً مسلماً ولحوم البدن لما تنتقل

(٦٧) في ق ٢: تستتم.

(٦٨) في ق ٢: اليائسة.

(٦٩) في ق ٢: بصغر.

(٧٠) في ق ٢: (وخمس) منكراً.

(٧١) في ق ٢: تنقضي.

ولم يحكم لها بحكم المعتدة بعد انقضاء الشهرين وخمس ليال إلى تمام الثلاثة الأشهر إذ قال: إن لسيدها أن ينقلها(٧٢) عن بيتها، فعلى قوله: لا إحداد عليها، وذلك خلاف ما حكى ابن حبيب في **الواضحة** عن مطرف وابن الماجشون من أن على المتوفى عنها زوجها الإحداد إذا اسْتَرَابَتْ حتى تنقضي الريبة مثل قول سحنون: إنه لا إحداد عليها إلا في الأربعة أشهر وعشر، وظاهر ما في **المدونة** أن عدتها تنقضي بالشهرين والخمس ليال فيكون لسيدها أن يطأها ولمشتريها وإن كانت ممن لا يؤمن الحمل منها إذا لم يكن(٧٣) بها ريبة لأنه قال في كتاب الاستبراء منها: إنها إذا لم تحض في الشهرين وخمس ليال فلا يطأها إن أحست من نفسها، لأنَّ في قوله: إن أحست من نفسها دليل(٧٤) على أنها [إن](٧٥) لم تحس من نفسها شيئاً يطؤها إذا انقضت الشهران وخمس ليالٍ. وإن لم تحض فيها، وذلك بَيِّنٌ أيضاً من قول سحنون في تفرقته بين أن يكون بين المدتين أقل من شهرين وخمس ليال أو أكثر في أم الولد التي يتوفى زوجها وسيدها ولا يدري أيهما مات قبل صاحبه. والريبة في ذلك تكون بوجهين: أحدهما: بامتلاء تُحسه في البطن، والثاني: بتأخير(٧٦) الحيض عن وقته إن كانت ممن تحيض فأتى عليها في الشهرين وخمس ليالٍ وقت حيضتها فلم تحض، فأما الريبة بامتلاء تحسه في البطن فلا بدّ من استبرائها إلى تمام تسعة أشهر فإن لم تزد(٧٧) على ما كان عليه حلت، وإن زاد انتظرت إلى أقصى أمد الحمل، وأما الريبة بِتَأَخُّرِ الحيض عن وقته [إن كانت](٧٨) فيستبريها إلى تمام ثلاثة أشهر، فإن لم يظهر بها حمل ولا أحست بشيء حلت،

---

(٧٢) في ق ٢: ينتقلها.
(٧٣) في ق ٢: تكن.
(٧٤) في ق ٢: دليلاً.
(٧٥) إضافة من ق ٢.
(٧٦) في ق ٢: بتأخر.
(٧٧) في ق ٢: يزد.
(٧٨) ساقط من ق ٢.

فيتحصل على هذا الذي قلناه في اليائسة من المحيض التي لا يؤمن الحمل منها وفي التي هي مِمّن تحيض إذا لم تحض في الشهرين وخمس ليالٍ ولا مَرَّ بها فِيهَا وقت حيضتها ثلاثة أقوال: أحدها أنها تحل بتمام الشهرين وخمس ليالٍ فيكون لسيدها أن ينقلها عن بيتها وأن يطأها ويزوجها. والثاني أنها تبقى على إحدادها ولا ينقلها عن بيتها ولا يطأها ولا يزوجها حتى تنقضي ثلاثة أشهر، والثالث: أنه ينقلها عن بيتها ويسقط عنها الإحداد، ولا يطؤها ولا يزوّجها حتى تنقضي ثلاثة أشهر، وإنما كانت عدّة الأمة في الوفاة شهرين وخمس ليالٍ، لأن العدة حدّ من الحدود، والعبيد في الحدود على النصف من الأحرار، لقول الله عز وجل: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾(٧٩)، فكان على الأمة ومن فيها بقية رِقٍّ في الطلاق حيضتان إذ لا تنقسم الحيضة الثانية، وفي الوفاة شهران وخمس ليالٍ، لانقسام الشهور والأيام، والله أعلم.

مسألة

قال ابن القاسم في الأمة المستحاضة والتي ترتفع عنها حيضتها يبيعها سيدها استبراؤها ثلاثة أشهر إلا أن ترتاب فتنتهي تسعة أشهر.

قلت له: فالأمة التي لا تحيض في ستة أشهر إلا مرة تباع هل ينتظر بها إلى حين حيضتها؟ قال: ثلاثة أشهر تبريها إذا لم ترتب، والتي لا تحيض في ستة أشهر إلا مرة واحدة إذا لم ترتب أقوى في الاستبراء لأنه يعرف أنه لم يمنعها من الحيض شيء يخاف عليها، ألا ترى أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت ممن تحيض فلم تحض في عدتها أمرت أن تقيم حتى تحيض أَوْ تبلغ من الأجل ما لا يشك فيه أن فيه استبراء رحمها، وذلك تسعة أشهر إذا لم تحس شيئاً، والتي

(٧٩) الآية ٢٥ من سورة النساء.

حيضتها في ستة أشهر مرة أو في السنة مرة أو تكون ترضع تجزيها العدة إذا لم ترتب بشيء لأنه يعلم أنه لا تحتبس عنها حيضتها لريبة خيفت عليها، وإنما احتبست بحيضتها التي كانت من شأنها، فكذلك البيع لا تكون التي تحيض أعجل في الاستبراء في الريبة من التي لا تحيض، وهو فرق بَيِّنٌ، ورواه أصبغ عن ابن القاسم في كتاب النكاح الأول من سماعه.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المستحاضة والتي ترتفع عنها حيضتها تستبرأ في البيع بثلاثة أشهر هو أحد قولي مالك في المدونة من رواية ابن غانم عنه واختيار أشهب خلاف قوله الآخر فيها أنهما يستبريان جميعاً بتسعة أشهر، وقد قيل: إن المستحاضة تستبري[٨٠] بثلاثة أشهر، والتي ترتفع عنها حيضتها بتسعة أشهر، وهذا يأتي على ما روي عن مالك أن المستحاضة تعتد في الوفاة بأربعة أشهر وعشرٍ وتحل بخلاف التي ترتفع عنها حيضتها، وأما التي لا تحيض في ستة أشهر إلا مرة فقوله: إنها تستبري بثلاثة أشهر صحيح على قياس قوله: إن المتوفى عنها زوجها تحل بأربعة أشهر وعشر إذا لم يمر بها فيها وقت حيضتها، وتأتي على رواية ابن كنانة عن مالك في سماع أشهب من كتاب طلاق السنة في المتوفى عنها زوجها تعتد أربعة أشهر وعشراً ولا يأتيها فيها وقت حيضتها أنها لا تتزوج حتى تحيض وتبرأ من الريبة أنها لا يجزيها في الاستبراء الثلاثة الأشهر، ولا بد لها من انتظار حيضتها، وهو قول ابن القاسم في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى بعد هذا، ورواية عيسى أصح في النص لأن المعنى في الاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل، وقد حصل ذلك بالثلاثة الأشهر فلا يلزم انتظار الحيضة إذ ليست الحيضة في الاستبراء عبادة فيلزم انتظارها وإن حصلت البراءة بما دونها كما أن الصحيح أن تحل الحرة المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشر إذ لم يمرّ بها فيها وقت حيضتها، ورواية ابن كنانة عن مالك شذوذ من القول لأنها قد أكملت العدة التي

(٨٠) في ق ٢: تستبرأ.

فرضها الله عليها ولا ريبة فيها فوجب أن تحل، وقد حكى ابن المواز أن مالكاً رجع عنه، وقد قال أبو إسحاق في رواية عيسى هذه: إنها غلط ومخالفة للقرآن، وإن رواية يحيى هي الصحيحة، وقوله هو الغلط، إذ ليس في القرآن وجوب استبراء الأمة في البيع بحيضة فيلزم أن يقال: إن الاستبراء لا يحصل بما دونها، إذ قد[٨١] علم وقتها كما يقال في الأقراء في عدة الطلاق، ولو قال: إنها مخالفة لقول النبي عليه السلام: «لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ»[٨٢] لكان أشبه وإن لم يكن ذلك صحيحاً إذ ليس الحديث على عمومه لأنه إنما خرج على الأغلب من أن ذوات الحيض من النساء يحضن فيما دون الثلاثة الأشهر التي يعلم بها براءة الرحم.

مسألة

قال عيسى: وسألت[٨٣] عن رجل اشترى عبداً وجارية في صفقة واحدة والجارية مما مثلها توضع للاستبراء فوضعت للاستبراء فماتت قبل أن تخرج من الاستبراء والجارية أكثر ثمناً من العبد أو أدنى ثمناً، والعبد قائم بعينه، أو مات العبد والجارية قائمة بعينها لم تخرج من الاستبراء، قال ابن القاسم: إن كان العبد وغداً وإنما اشترى لمكان الجارية وفيها النَّماء والفضل وكثرة الثمن فيما يرى الناس كان موقوفاً ولم ينبغي[٨٤] له أن ينفذ[٨٥] فإن ماتت الجارية ولم تخرج من حيضتها انتقض البيع، وإن أصيب العبد في ذلك فمصيبته من البائع، إلا أن تخرج الجارية من الحيضة، فإن خرجت من الحيضة فمصيبته من المبتاع لأنه لو لم يَتِمَّ بيع الجارية لم يكن فيه

(٨١) في ق ٢: إذا علم.
(٨٢) سبق التعليق عليه.
(٨٣) في ق ٢: وسألته.
(٨٤) في ق ٢: ينبغ.
(٨٥) في ق ٢: ينفد.

بيع، ولو رضي أن يأخذه بالذي يصيبه من الثمن من قيمتها لم تحل(٨٦)، وإن كان العبد من أجله اشتريت الجارية وفيه النَّماءُ والفضل فيما يرى الناس قبض المشتري العبد ووقفت الجارية للحيضة، فإن هلكت الجارية أو لم تخرج من الحيضة لزمه العبد بما يصيبه من الثمن بمنزلة ما لو استحقت أو وجد بها عيب(٨٧) فردت، فإن هلك العبد في ذلك قبل أن تخرج الجارية من الاستبراء كانت مصيبته من المشتري ويستأنى بالجارية، فإن خرجت من الحيضة لزمه الثمن كله، وإن أُلْفِيَتْ حاملاً أو ماتت قبل أن تخرج من الحيضة كان عليه من الثمن بقدر ثمن العبد من الجارية، ينظر كم قيمته وقيمة الجارية فَيُفَضُّ الثمن عليهما فيتبعه بقدر ذلك من حصة الثمن.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة جيدة بينة المعنى، قوله فيها: إن الجارية إذا كانت وَجْهَ الصفقة يوقف العبد بتوقيف الجارية للمواضعة، وتكون مصيبته من البائع إن لم تخرج الجارية من المواضعة، ومن المبتاع إن خرجت من المواضعة، ولا يجوز نقد الثمن في ذلك بشرطٍ صحيحٌ لأن البيع لما كان لا يتم فيه دونها وجب أن يكون تبعاً لها في التوقيف والضمان، وفي أن النقد فيه لا يجوز وقد قيل: [إن](٨٨) له أن يأخذه بما يَنُوبُهُ من الثمن إن لم تخرج الجارية من المواضعة هو أحد قولي ابن القاسم في غَيْرِمَا كِتَابٍ من المدونة، فعلى هذا القول تكون مصيبته أيضاً إن مات ولم تخرج الجارية من المواضعة من البائع، ولا يجوز فيه النقد كحكم العبد المشترى بالخيار، وأما إذا كان العبد وَجْهَ الصفقة فيقبضه ويدفع ما يَنُوبُهُ من الثمن لأن الشراء له فيه لازم بما يَنُوبُه من الثمن إن لم تخرج الجارية من المواضعة، ولا ينقد ما

(٨٦) في ق ٢: يحل.
(٨٧) في ق ٢: عيبا.
(٨٨) زيادة من ق ٢.

ينوب الجارية بشرط، وقد اختلف في وجوب توقيفه إن دعا إلى ذلك البائع حسبما مضى القول فيه في أول رسم من سماع ابن القاسم، فإن طاع بدفع جميع الثمن ولم تخرج الجارية من المواضعة ماتت أو ألفيت حاملاً فلم يرد المبتاع أخذها رد البائع من الثمن ما ينوبها، وإن لم يدفع من الثمن شيئاً ولم تخرج الجارية أيضاً من المواضعة لزم المبتاع من الثمن ما ينوب العبد منه بأن ينظر ما قيمته [من قيمته](٨٩) وقيمة الجارية فيكون عليه من الثمن ذلك الجزء، مثال ذلك أن تكون قيمته مائتين وقيمة الجارية مائة فيكون عليه ثلثا الثمن ما كان، وقوله في الرواية كان عليه من الثمن بقدر ثمن العبد من الجارية لفظ وقع على غير تحصيل، ومراده كان عليه من الثمن بقدر ثمن العبد من ثمن العبد والجارية حسبما بيناه، والحمد لله.

ومن كتاب الفصاحة

قال عيسى: قال ابن القاسم: إذا(٩٠) باع الرجل الجارية بالجاريتين فإنهن يوضعن للاستبراء، فإن ماتت الجارية التي هي ثمن الجاريتين أو أصابها عيب قبل أن تخرج من الاستبراء فإن ذلك من بائعها، إن كان موت(٩١) فالمصيبة منه، وإن كان عيباً ردت عليه وانفسخ البيع في الجاريتين، قال ابن القاسم إلا أن يشاء المشتري حبسها معيبة فيتم البيع، وإن سلمت مما ذكرنا فأصاب الجارية ٱلْفَارِه من الجاريتين مثل ما وصفنا في هذا من قبل أن تخرج من الاستبراء انفسخ البيع أيضاً وردت الجارية ٱلْفَارِهُ التي كانت ثمناً للجاريتين إلى صاحبها واسترجع جاريته، وإن سلمت الجاريتان الفارهتان مما ذكرنا وأصاب الدنيَّة من الجاريتين موت أو عيب قبل

(٨٩) زيادة من ق ٢.
(٩٠) في ق ٢: وإذا.
(٩١) في ق ٢: موتا.

أن تخرج من الاستبراء انتظر بالجاريتين الفارهتين، فإن خرجتا من الاستبراء صحيحتين تم البيع فيهن ورجع مشتري الجاريتين بثمن الدنيَّةِ على صاحبه فينظر ما اسم قيمتها من قيمة صاحبتها فيرجع بذلك الاسم على بائعها في قيمة الجارية الفارهة التي يأخذ وذلك أن تكون قيمة الجاريةالفارهة التي هي ثمن الجاريتين ثلثمائة دينـار، وتكون قيمة الجارية[٩٢] ثلثمائة دينار أيضاً فتكون قيمة المرتفعة منهما مائتين وقيمة الدنيَّة مائة، فيرجع بثلث قيمة المرتفعة، وذلك مائة دينار، وإن خرجت الدنيَّة من الاستبراء صحيحة قبـل أن تخرج صاحبتها ثم ماتت فإنه ينتظر بصاحبتها، فإن خرجت صحيحة من الاستبراء كانت المصيبة من المشتري، وإن لم تخرج صحيحة أو ماتت كانت المصيبة من بائعها، وإن وجد بأحد[٩٣] الجاريتين عيب بعد الاستبراء فإنه إن كانت العلية[٩٤] أدناهما ليس من أجلها اشتريت صاحبتها ردها ونظر ما اسم قيمتها من قيمة صاحبتها فيرجع بذلك الاسم على البائع في قيمة الجارية المرتفعة كما فسرت لك وإن[٩٥] كانت المعيبة هي وجه ما اشترى وفيها يرجو ردَّهما جميعاً ونظر، فإن كانت المرتفعة لم تفت بنماءٍ ولا نقصان ولا اختلاف أسواق ولا بيع ولا بشيء من وجوه ٱلْفَوْتِ قبضها ورد الجاريتين جميعاً، وإن كانت قد فاتت بشيء مما ذكرنا أو طال أمرها كان [له][٩٦] عليه قيمتها يوم قبضها، وإن كانت المرتفعة التي هي ثمن الجاريتين هي التي وجد بها العيب ردها ونظر إلى الجاريتين، فإن كانت المرتفعة منهما والدنيَّة

---

(٩٢) في ق ٢: (الجاريتين) بالتثنية.

(٩٣) في ق ٢: إحدى.

(٩٤) في ق ٢: المعيبة.

(٩٥) في ق ٢: فإن.

(٩٦) إضافة من ق ٢.

لم يفوتا ردها وقبض الجاريتين، وإن كانت الدنِيَّة قد فاتت والمرتفعة منهما لم تفت ردها أيضاً وأخذ المرتفعة ورجع عليه بقيمة الدنِيَّة، وإن فاتت المرتفعة ولم تفت الدنِيَّة منهما لم يردها ولزمه البيع فيهما وغرم قيمة الجاريتين.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة جيدة إلا أنه لم يستوف جميع وجوهها ولا بَيَّنَ ما فيه الخلاف منها، وأنا استوفي ما قصَّر عنه من وجوهها وأُنبِّه على ما فيه الخلاف منها إن شاء الله، ولا حول ولا قوة إلا بالله، قال أولاً: إن البيع ينفسخ في الجاريتين إن ماتت الجارية التي هي ثمن لهما أو أصابها عيب قبل أن تخرج من الاستبراء، ومعنى ذلك إن كانت الجاريتان لم تخرجا بعد من الاستبراء أو كانتا قد خرجتا منه ولم تفوتا عند المبتاع لهما بوجه من وجوه الفوت، فأما إن كانتا قد فاتتا عنده بحوالة سوق فما فوقه فيلزمه قيمتهما يوم خروجهما من الاستبراء ولا ينفسخ البيع بِرَدِّهِمَا إلى بائعهما، كمن باع عَبداً بعبد فاستحق أحدهما وقد فات الآخر إنه لا يرد بعد فوات[97] ويلزم مشتريه قيمته يوم اشتراه، وكذلك إن فاتت الأرفع منهما ولم تفت الأدنى، وأما إن فاتت الأدنى ولم تفت الأرفع فيردها وقيمة التي فاتت، وفيما يأتي بعد هذا في بقية المسألة بيانه. وقول ابن القاسم إلا أن يشاء المشتري حبس المعيبة فيتم البيع، وقع في بعض الروايات وهو صحيح مُبيِّن لما تقدم من قوله. وقوله وإن سلمت مما ذكرنا فأصاب الجارية ٱلْفَارِهَ من الجاريتين مثل ما وصفنا في هذا قبل أن تخرج من الاستبراء انفسخ البيع أيضاً وردت الجارية الفارِهُ التي كانت ثمناً للجاريتين إلى صاحبها واسترجع جاريته، معناه أيضاً إذا كانت الجارية الفارِهُ التي كانت ثمناً للجاريتين قائمة لم تفت بوجه من الوجوه، فإن كانت قد فاتت بحوالة سوق [فما فوقه لم ترد، ولزم مشتريها قيمتها يوم خروجها من الاستبراء، وأما الجارية الدنِيَّة من الجاريتين فترد وإن فاتت بحوالة

---

(٩٧) في ق ٢: وفاته.

الأسواق][٩٨]ما لم تفت بـالعيوب المفسدة. وقولـه: إن سلمت الجاريتـان الفارهتان وأصاب الدَّنِيَّة من الجاريتـين موت أو عيب قبـل أن تخرج من الاستبراء تَمَّ البيع فيهن ورجع مشتري الجاريتين بثمن الدنيَّة على صاحبها[٩٩] فينظر ما اسم قيمتها من قيمة صاحبتها فيرجع بذلك الاسم على بائعها في قيمة الجارية الفارهة، معناه فينظر ما اسم قيمتها من قيمتها وقيمة صاحبتها جميعاً، وتمثيله الذي مثل بقوله وذلك أن تكون قيمة الجارية إلى آخر قولـه يدل على ذلك، وسواء كانت الجارية الفارهة قائمة أو فائتة؛ وقد قيل إنها إن كانت قائمة كان شريكاً معه فيها بقدر قيمتها من قيمتها وقيمة صاحبتها، وهو قول أشهب، وقيل أيضاً إنه يكون شريكاً معه فيها بذلك الجزء إلا أن يأبى ذلك مشتري الجارية الفاره لضرر الشركة عليه فينفسخ البيع في الجميع، وهو قول ابن القاسم في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الشفعة. وقوله: وإن خرجت الدنيَّة من الاستبراء صحيحة قبل أن تخرج صاحبتها ثم ماتت فإنه ينتظر صاحبتها[١٠٠]، فإن خرجت صحيحة من الاستبراء كانت المصيبة من المشتري، وإن لم تخرج صحيحة أو ماتت كانت المصيبة من بائعها صحيح لأنـها تبع لصاحبتها إذ لا يتم البيع فيها دونها، وقد مضى هذا المعنى في المسألة التي قبل هذه. وقوله: وإذا وجد بإحدى الجاريتين عيب بعد الاستبراء فإنه إن كانت المعيبة أدناهما ليس من أجلها اشتريت صاحبتها ردها ونظر ما اسم قيمتها من قيمة صاحبتها فيرجع بذلك الاسم على البائع في قيمة الجارية المرتفعة كما فسرت لك، قد مضى القول فيه وبيَّنَّا أن فيه ثلاثة أقـوال، وكذلك قد مضى القول في معنى بقية ما ذكر من وجوه المسألة، فلا معنى لإعادة ذكره، ولا يجوز النقد في هذه المسألة حتى تخرج الجاريتان الفارهتان من المواضعة، فإذا خرجتا من المواضعة تقابضا، وإن لم تخرج الدَّنِيَّة بعدُ من المـواضعـة لأن ظهـور الحمـل بهـا أو مـوتهـا لا ينقض البيـع بينهـما،

(٩٨) ساقط من الأصل ما بين معقوفتين.

(٩٩) في ق ٢: صاحبه.

(١٠٠) في ق ٢: بصاحبتها.

فسهل انتقاد ثمنها مع إمكان الرجوع فيه بعينه على ما حكيناه من مذهب أشهب الذي لا يراعي ضرر الشركة أو في قيمته على ما مضى من مذهب ابن القاسم، وعلى هذا يأتي ما في أول كتاب الجُعْلِ والإجارة من المدونة من أنه يجوز أن يبيع الرجل نصف ثوبه من رجل على أن يبيع له النصف الآخر إلى شهر لأنه إن باع في نصف الشهر كان له أن يرجع في عين الثوب أو في قيمته على ما ذكرناه من الاختلاف في هذا المعنى، وبالله التوفيق.

مسألة

وإذا ابتاع رجل وليدة كان لها زوج وهي في عدة من طلاق زوجها أو وفاته ولم يبين ذلك لمشتريها، فوطئها المشتري فحملت ثم علم بما كتمه البائع من ذلك فإنه إن كان مشتريها وطئها وقد حاضت في عدتها حيضة فإن الولد لَاحِقٌ بالمبتاع، وأراها أم ولد بذلك الولد إذا جاءت به لتمام ستة أشهر غير أنه لا يحل له وطؤها أبداً لوطئه إياها في عدتها، فمن الناس من يقول إنها تعتق عليه ساعة حملت، إذ لا يجد سبيلاً إلى وطئها، ومنهم من يقول يستخدمها بالمعروف حتى يموت، فإذا مات عتقت من رأس المال ولم يلحقها دين، وكان سبيلها سبيل أمهات الأولاد، ويرجع المبتاع على البائع بقيمة عيب ما كتمه، فيأخذه منه، وإن كان وطئها ولها زوج ولم يطلقها فكان الزوج غائباً عنها أو معزولاً عنها ما يكون في مثله استبراء لرحمها فوطئها المبتاع فحملت فإن الولد لاحق بالمبتاع أيضاً، وترد إلى زوجها إذا وضعت، وتكون بذلك الولد أم ولد للمبتاع إن طلقها زوجها يوماً ما أو مات عنها حل له وطؤها وأعتقت من رأس مال سيدها إذا مات، كان زوجها حياً أو مات عنها أو طلقها فإن سبيلها سبيل أمهات الأولاد، ويرجع المشتري على بائعها منه بقيمة عيب ما كتمه من أن لها زوجاً، قال: وإن لم يكن الزوج غائباً ولا

معزولاً عنها كما ذكرنا فالْولَدُ للزوج، وترد الأمة على بائعها بعيب ما كتمه من غير غرم يكون عليه لوطئها، قال: وإن وطئها في هذا كله، وهي حامل من زوجها أو من غير زوجها أو ليست بحامل فهو يردها بعيب ما كتمه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بيّنةٌ على معنى ما في المدونة وغيرها لأن المشتري وطىء بشبهة الشراء فوجب أن يلحق به الولد إذا وطئها في العدة بعد حيضة وجاءت بالولد لتمام ستة أشهر من يوم وطىء كمن تزوج في العدة ودخل بعد حيضة، وكذلك إذا وطئها وهي في ملك الزوج وهو غائب أو معزول مدة تكون فيها استبراء لرحمها فجاءت بالولد لتمام ستة أشهر من يوم وطئها، وإذا لحق به الولد وجب أن تكون به أمَّ ولدٍ، وإذا صارت أُمّ ولدٍ(١٠١) فات ردها بالعيب ووجب له الرجوع بقيمته، وإذا لم يلحق به الولد ولحق بالزوج إما بأن يكون وطؤه في طُهْرٍ واحد وإما بأن يكون وطئها في طهر آخر فاتت بالولد لأقل من ستة أشهر، وإما بأن يكون وطؤه وهي حامل فإنه يردها بالعيب ولا يكون عليه في وطئه شيء، كما اشترى أمة فوطئها ثم وجد بها عيباً فإنه يردها ولا شيء عليه في الوطء إلا أن تكون بكراً فيرد بما نقص الافتضاض منها إن أراد ردها، وإن لم يرد أَخَذَ قيمة العيب وحبسها، وقد قيل: إن الوطء فيها فوت، ذكر ذلك ابن حبيب عن جماعة من الصحابة والتابعين وأخذ به(١٠٢) وحكاه عن ابن وهب وابن نافع وأصبغ.

ومن كتاب العتق

وسئل عن رجل اشترى جارية وقبضها من غير مواضعة ودفع الثمن ثم استبريت الجارية وخيف عليها الحمل، فقال: إن كان باعها على أن ينقده الثمن بشرط فسخ البيع، ردت إلـى صاحبها،

(١٠١) في ق ٢: (أم ولده) مضافاً إلى الضمير.
(١٠٢) إضافة من ق ٢.

وإن كان إنَّما تطوع بذلك من غير شرط يكون في البيع لم ينزع منه الثمن حتى ينظر إلى ما تصير إليه الجارية، فإن استمر بها حمل رد الثمن، وإن حاضت نفذ البيع.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة والاختلاف فيها في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم لمن أحب الوقوف عليه، فلا معنى لإعادته، والله الموفق.

مَسْـــألة

قال ابن القاسم: الاستبراء في كل ما يوطأ من الجواري رفيعة كانت أو وضيعة وما يراد للوطء، مِمَّا لم يكن يوطأ، فأما وخش الرقيق وما لا تراد(١٠٣) للوطء وما لم يكن يوطأ فليس فيه مواضعة استبراء.

قال محمد بن رشد: قوله: الاستبراء في كل ما يوطأ يريد المواضعة في كل ما يطؤه البائع من الجواري رفيعة كانت أو وضيعة، وقوله: وما يراد للوطء مما لم يكن يوطأ، يريد به وفي الجواري المرتفعات اللّاتي يتخذن للوطء وإن كان البائع لهن لا يطؤهنّ، وقوله: فأما وَخْشُ الرقيق وما لا يراد للوطء وما لم يكن يوطأ فليس فيه مواضعة استبراء فليس على ظاهره، والمعنى فيه: فأما وخش الرقيق الذي لا يتخذ للوطء ولم يكن البائع يطؤه فليس فيه مواضعة استبراء يريد ولا يجوز للمبتاع أن يطأها حتى يستبري لنفسه، وهذا كله مما لا اختلاف فيه، والله الموفق للصواب.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: سألت ابن القاسم عن الرجل يبيع الجارية وهي

---

(١٠٣) في ق ٢: يراد.

حامل ثم يُقِرُّ أن الحمل منه، قال: إن اتهم أن يكون متعشقاً بها نادماً على بيعها ألحق به الولد وغرم قيمته يوم أقرَّ به ولم ترد عليه الأمة، وإن كان مُعْدِماً ألحق به الولد وكانت قيمته ديناً عليه يتبع به، قال: وإن لم يتهم في استرجاع الأمة بتعشق ولا رغبة في صلاح حال الجارية لزيادتها في بدنها وكان مليّاً، فإنها ترد إليه ويفسخ البيع ويغرم الثمن الذي كان أخذ ويلحق به ولدها، وليس عليه في الولد إذا سقطت عنه التهمة وكان مليّاً، وإن كان غير متهم وهو مُعْدِمٌ ألحق به الولد، واتبع بقيمته يوم يُقِرُّ به ولا ترد إليه الأمة لعدمه لأنه يتهم في أخذها لعدمه، ولا يتهم في استلحاق ابنها لأنه يغرم قيمته ولا يرق له منه شيء، والأمة لو ردت إليه وهو معدم رقت له فاستمتع واستخدم، فهو متهم فيها لعدمه، وإن أقر بهذا وقد أعتق الولد والأمة وهو مليّ لم ترد إليه الأمة ومضى عتقها للمعتق وثبت له ولاؤها، ومضى عتق الولد أيضاً وثبت ولاؤه لمعتقه، ولكنه يُوَارِثُ أَبَاه المقر به بالنسب، ويلحق به ولا يغير ذلك وَلَاءَهُ ويقضى عليه بإقراره(١٠٤) بأنه باع أم ولد(١٠٥) بغرم الثمن الذي أخذ لأنه لا يحل له أكله، ويقال لمعتق الأمة وابنها: إن شئت فخذ الثمن الذي أخذ منك هذا المقر، وإن شئت فدع.

قال محمد بن رشد: أما الولد فلا اختلاف في أنه يرد إليه إذا اتهم في الأم فلم ترد إليه ويلحق(١٠٦) به نسبه ويتبع بقيمته يوم أَقَرَّ به ديناً في ذمته إن لم يكن له مال على ما قاله في هذه الرواية، قيل(١٠٧) بقيمته يوم ولد، وقيل بما يَنُوبُه من الثمن بأن ينظر إليه اليوم أن لو كان معها يوم عقد البيع فيفض

(١٠٤) في ق ٢: لإقراره.

(١٠٥) في ق ٢: أم ولده.

(١٠٦) في الأصل: وتلحق ـ بالتاء ـ وهو تصحيف.

(١٠٧) في ق ٢: وقيل.

الثمن عليها، وإلى هذا ذهب أبو إسحاق التونسي، وقال إنه لا يشبهه[١٠٨] وقال بعض شيوخ القرويين إنه يقوم مع أمه يوم عقد البيع على حاله التي هو عليها [الآن][١٠٩] اليوم، ثم تقوم الأم دونه فيرد من الثمن حصاص الولد، وهو يرجع بالمعنى إلى ما قاله أبو إسحاق التونسي، والقياس أن لا يكون عليه للمبتاع إلا ما زاد في ثمنها بسبب الحمل إن كان اشتراها ظاهرة الحمل، ولم يكن عليه في الولد شيء إن لم تكن ظاهرة الحمل، وإنما اختلف قول ابن القاسم في انتقاض العتق إن كان قد أعتقه المشتري فمرة قال ابن القاسم: ينتقض العتق إذا ثبت به نسبه ولا يكون للمعتق ولاؤه، ومرة قال: ينقض[١١٠] العتق ويلحق به النسب ويكون الولاء للمعتق، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، والقولان قائمان من المدونة. وأما الأم ففي ردها إليه ثلاثة أقوال: أحدها أنها ترد إلا أن يكون عديماً أو يتهم فيها بميل إليها أو رغبة فيها لصلاح حالها، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية وقول مالك وغيره في المدونة، والقول الثاني: أنها ترد إليه إلا أن يتهم بميل إليها ورغبة فيها لصلاح حالها، فإن لم يتهم فيها بشيء من ذلك ردت إليه وإن كان مُعدِماً واتبع بثمنها ديناً في ذمته، وهو قول ابن القاسم في المدونة، والقول الثالث أنها ترد إليه إلا أن يكون معدماً، فإن كان مَليّاً ردت إليه، وإن اتهم بميل إليها ورغبة فيها لصلاح حالها، وهو ظاهر قول ابن نافع في المبسوطة، وهذا كله ما لم يعتقها المشتري، واختلف قول ابن القاسم إذا كان المشتري قد أعتقها [فمرّة قال: إنه إذا أعتقها فلا ينتقض العتق، ولا ترد إليه على حال، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وأحد قوليْه في المدونة. ومرّةً قال: إنه لا تأثير لعتق المشتري لها. فيما يجب من ردّها للبائع وتصديقه في قوله إن لم يُتّهم فيها، فإذا صدق وردت إليه نقض العتق إن كان المشتري قد أعتقها][١١١] وسواء في هذا

(١٠٨) في ق ٢: الأشبه.
(١٠٩) ساقط من ق ٢.
(١١٠) في ق ٢: ينتقص.
(١١١) إضافة من ق ٢. ما بين المعقوفتين.

كله من لحوق نسبه ورد أمه إليه أمّ ولد باع الأمة وهي حامل فولدت عند المشتري فادعى ولدها، أو باعها وولدها ثم ادعى أن الولد منه، أو باعها وحبس ولدها ثم ادعى أن ولدها الذي عنده منه، أو باعها فولدت عند المشتري إلى ما يلحق فيه(١١٢) الأنساب ولم يطأ المشتري ولا زوج، غير أنه إن باعها مع ولدها ثم ادعى أنه ولده واتهم في الأم فلم ترد إليه يكون عليه من الثمن ما ناب الولد منه، ولو باعها ولا ولد معها ثم ادعى بعد البيع أنها قد كانت ولدت منه لم يصدق ولم ترد إليه في المشهور في المذهب خلاف ما في بعض الروايات من كتاب اللقطة من المدونة من أنها ترد إليه إذ لا(١١٣) يتهم وهو بعيد، طرحها سحنون وقال: إن إجَازَتَهُ عن ابن القاسم وَصْمَةٌ في الدين، وأما إذا ادعى أنه لا يلحق به أنه ملك أمه أو تزوجها فاختلف في ذلك قول ابن القاسم، مرة قال إنه لا يلحق به على حال، ومرة قال يلحق به إذا لم يكن للولد نسب ثابت ما لم يتبين كذبه، وإن لم يشبه قوله، ومرة قال: إنه إنما يلحق به إذا لم يكن للولد نسب ثابت إذا أشبه قوله، وهذا الاختلاف كلُّه قائم من المدونة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله يشتري الدور والمزارع

قال يحيى: وسألته عن الشريكين في الأمة يطؤها أحدهما فتحمل وتلد، ثم يتعدى الآخر ويطؤها وتحمل، ما الأمر فيها؟ فقال: إن كان للأول مال قومت عليه وكانت أم ولد له وأدب، ونكل الثاني نَكَالاً مُوجِعاً ودُرِىء عنه الحد للشبهة وألحق به ولده، وإن لم يكن له مال لم تقوم على الأول ولا على الثاني ونكلا جميعاً، والثاني أحق بأشد النكال، وألحق بهما أبناؤهما وعتقت عليهما، ولم تترك في يد واحد منهما.

(١١٢) في ق ٢: تلحق به.

(١١٣) في ق ٢: إذا لم.

قال محمد بن رشد: قال إن الأول إن كان له مال قومت عليه الأمة وكانت أم ولد له، وقال إن الثاني ينكل وَيُدْرَأ عنه الحدُّ ويلحق به الولد، وسكت عما يجب عليه للأول، ويجب عليه له قيمة ولده على أنه ولد أم ولدٍ [له لأنه إنما وطِئَها وأولدها بعد أن صارت أم ولدٍ للأول](١١٤) ويترَادَّانِ فيما بينهما، فمن كان له منهما فضل على صاحبه رجع به عليه على ما يأتي لسحنون في نوازله بعد هذا، وقيل(١١٥) إنه إن لم يكن للأول مال لم تقوم على الأول، ولا على الثاني، ونكلا وألحق بهما أبناؤهما، وأعتقت عليهما، وذلك كله بَيِّنٌ على ما قال، لأن القيمة سقطت عن الأول لعدمه، وعن الثاني إذ قد فات نصيب الأول بالإيلاد ووجب أن تعتق عليه إذ لا يقدر على وطئها من أجل نصيب الثاني الذي قد صارت(١١٦) أم ولد له، ووجب النكال عليهما، إذ لا يجوز وَطْءُ أمة فيها شرك، ولحق بهما أبناؤهما للشبهة التي أسقطت الحد عنهما وأعتقت عليهما لأن نصيب كل واحد منهما قد صار أم ولد له بالإيلاد، ولا سبيل له إلى الوطْء لأن نصفها أم ولد له ونصفها أم ولد لصاحبه، وسكت هل يجب على الأول قيمة نصف ولد(١١٧) للثاني، فروي عن ابن القاسم أن ذلك يجب عليه، وهو الصحيح في النظر والقياس، لأن الأمة لما لم تقوم عليه لعدمه، وبقي نصفها ملكاً لشريكه، وجب عليه نصف قيمة ولده، وفي كتاب ابن المواز أنه لا شيء عليه من نصف قيمة ولده، إذ قد أفات شريكه نصيبه من الأمة بإيلاده إياها، وأما الثاني فلا يجب عليه للأول في ولده شيء لأنه وطىء وبعض الأمة ملك له وبعضها قد وجب عتقه على شريكه، وهذا على مذهب ابن القاسم الذي يرى أنه يعجل عليه عتق نصيبه، وأما على قول غيره الذي يرى أنه لا يعجل عليه عتق نصيبه حتى يعتق نصيب شريكه فيكون عليه قيمة نصف ولده على أنه ولد أم ولد.

---

(١١٤) إضافة من ق ٢.

(١١٥) في ق ٢: وقال.

(١١٦) في ق ٢: صار.

(١١٧) في ق ٢: (ولده) مع الضمير.

مَسَـــألة

وعن الأمة تشترى وهي ممن تحيض في كل أربعة أشهر حيضة بكم تستبرأ؟ قال: أما التي قد عرفت حيضتها فإن كانت إنما تحيض من أربعة أشهر إلى أربعة أشهر ومن خمسة إلى خمسة أو إلى ستة ونحو ذلك فإنه لا يبريها إلا الحيضة، فإن استبرأت(١١٨) من حيضتها فأقصى ما تستبرأ به تسعة أشهر، قال: وأما التي يتأخر حيضها فوق التسعة الأشهر أو السنة أو ما قاربها فإن ثلاثة أشهر تجزيها في الاستبراء إلا أن ترتاب فتقيم تسعة أشهر. [قال](١١٩) وأما التي تحيض في أقل من ثلاثة أشهر فإن رفعتها حيضتها كان استبراؤها ثلاثة أشهر إلا أن تستريب فتنتظر استكمال التسعة الأشهر أجل الحمل.

قلت: فإن كانت ترضع فخيف عليها أن تستأخر حيضتها للرضاع، قال: استبراؤها ثلاثة أشهر، فإن ارتابت فتسعة أشهر.

قلت: وفي جميع ما تبلغ فيه التسعة الأشهر عند الريبة ضمانها من البائع؟ قال: نعم، ولا يحل وطؤها دون ذلك.

قال محمد بن رشد: لا فرق في القياس بين التي تحيض من ستة أشهر إلى ستة أشهر أو من أربعة أشهر إلى أربعة أشهر، أو مما فوق [ذلك](١٢٠) التسعة إلى(١٢١) السنة إلى مثلها أو التي تتأخر حيضتها للرضاع، فإنها(١٢٢) تبرأ بثلاثة أشهر إذا لم يمر بها فيها وقت حيضتها فارتفعت عنها لغير سبب

(١١٨) في ق ٢: استرابت.
(١١٩) إضافة من ق ٢.
(١٢٠) ساقط من ق ٢.
(١٢١) في ق ٢: (أو) بدل (إلى).
(١٢٢) في ق ٢: في إنها.

فيكون ذلك ريبة يلزم من أجلها أن تزيد على الثلاثة الأشهر حتى تبلغ إلى التسعة الأشهر أو تحيض دون ذلك، وإذا كانت التي تحيض في أقل من ثلاثة أشهر فارتفعت حيضتها تبرأ بثلاثة أشهر فأحرى أن تبرأ بثلاثة أشهر التي لم يمر بها فيها وقت حيضتها أو التي يعلم أنها لم تحض فيها من أجل أنها ترضع، فرواية عيسى عن ابن القاسم التي تقدمت في أن التي تحيض في ستة أشهر تبرأ بثلاثة أشهر أصح في القياس والنظر من هذه الرواية، وقد مضى القول على ذلك هناك. وقوله في التي تتأخر حيضتها فوق التسعة الأشهر أو السنة(١٢٣) فإن ثلاثة أشهر تجزيها في الاستبراء إلا أن ترتاب فتقيم التسعة الأشهر، الريبة ها هنا إنما هي بحس تجده في بطنها، وإنما(١٢٤) تبرأ بتسعة أشهر كما قال إذا كانت تلك الريبة التي وجدت من الحس بقيت على حالها ولم ترد إلى التسعة الأشهر، فأما إن زادت فلا بد من استبرائها إلى أقصى أَمَدِ الحمل، وكذلك القول في قوله إن التي تستأخر حيضتها للرضاع إن ارتابت تستبرىء بتسعة أشهر، وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

قال: وسألته عن النصراني يبيع أم ولده النصرانية أيجوز للمسلم اشتراؤها؟ فقال: لا بأس بذلك إذا كان من دينهم استجازة بيع أمهات الأولاد، قيل له: أرأيت إن باعها من نصراني فأسلمت؟ قال: إذا لم يكن إسلامها إلا بعد بيعه إياها فهي أمة لأنها قد رقت لمشتريها حين كان بيعها جائزاً له في دينه يوم باعها.

قال محمد بن رشد: إنما شرط في إجازته للمسلم شراء أم ولد النصرانية من النصراني وفي أنها تبَاع على النصراني الذي اشتراها منه إذا أسلمت كما تباع عليه أمته إذا أسلمت، ولا يكون حكمها حكم أم ولد

(١٢٣) في ق ٢: (السنة) بدل (الستة) في الأصل.
(١٢٤) في ق ٢: فإنما.

النصراني تسلم أن يكون من دينهم استجازة بيع أمهات الأولاد لأن ذلك إذا لم يكن من دينهم فهو متعد عليها في بيعها وظالم لها في ذلك، وواجب على الإمام أن يمنعهم من التظالم فيما بينهم، فإذا أقر على نفسه ببيعها[١٢٥] وذلك غير جائز له في دينه وقال[١٢٦] ذلك أساقِفَتُهم، وجب على الإمام أن يحول بينه وبين ذلك، ولم يجز لأحد من المسلمين أن يشتريها منه، فينبغي أن يحمل هذا على التفسير لما في كتاب الجنايات من المدونة من أن الذِّمّيّ لو باع أم ولده لم يمنع من ذلك. وإجازته للمسلم شراءها منه إذا كان من دينهم استجازة ذلك إنما يأتي على القول بأنهم غير مخاطبين بشرائع الإسلام، وقد اختلف في ذلك، وبالله التوفيق.

ومن سماع موسى بن معونة[١٢٧] من ابن القاسم

قال موسى بن معونة: قال ابن القاسم: من زعم أنه وطىء جاريته وأنه يعزلها فجاءت بولد فإنها أم ولده إلا أن يدعي استبراء، قال ابن القاسم: ومن ادعى أنه كان يطأ جاريته ولا يُنْزِل فجاءت بولد فإنه لا يلحقه ولا تكون أم ولد، لأنه إنما زعم أنه كان يفضي ويعزل، فالعزل قد يخطىء ويصيب، ولذلك[١٢٨] لزمه الولد، وإذا قال كنت أطأ ولا أنزل فإنه ليس هاهنا موضع خوف في أن يكون قد أفضى فيها، فلذلك لم يلزمه الولد.

قال محمد بن رشد: هذا بَيّنٌ على ما قال لأن الولد إنما يكون من الماء الدّافق، قال تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الإنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ﴾ الآية[١٢٩] وقال: ﴿وَلَقَدْ

(١٢٥) في ق ٢: إنه يبيعها.
(١٢٦) في ق ٢: أو قال.
(١٢٧) في ق ٢: (معاوية) بدل (معونة).
(١٢٨) في ق ٢: ولذلك. أما في الأصل فحرف: وكذلك.
(١٢٩) الآية ٥ من سورة الطارق.

خَلَقْنَا الإنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ ﴾(١٣٠) فإذا لم ينزل أصلاً علم أنه لم يكن منه ما يكون عنه الولد، فوجب أن لا يلزمه، وإذا وَطِىء فأنزل فعزل الماء عن الموطوءة وأنزله خارجاً منها احتمل أن يكون لم يعزله بجملته وسبقه شيءٌ منه كان عنه الولد، فوجب أن يلزمه لأن الأمة قد صارت فراشاً له بوَطْئِهِ إياها فوجب أن يلحق به الولد حتى يوقن أنه ليس منه، لقول النبي عليه السلام: «الْوَلَدُ لِلْفِراشِ، وَٱلْحَجَرُ لِلْعَاهِرِ»(١٣١) ولا يقين في أن الولد ليس منه للاحتمال الذي ذكرناه، وقد دل على ذلك قول النبي لأصحابه حين سألوه عن العزل: «مَا عَلَيْكُمْ ألاَّ تَفْعَلُوا، مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَائِنَةٍ إلى يَوْمِ ٱلْقِيَامَةِ إلاَّ وَهِيَ كَائِنَةٌ»(١٣٢) فأخبر ﷺ أن الولد قد يكون مع العزل إذا شاء الله بأن(١٣٣) يكون معه بأن ينقلب(١٣٤) الوكاء، كما قال عمرو بن العاص صاحب النبي عليه السلام فسبقه(١٣٥) من الماء شيء يكون منه الولد لا يظن به، وقد(١٣٦) قال في آخر كتاب الاستبراء من المدونة: من قال كنت أطأ أَمَتي ولا أُنزل فيها فإن الولد يلحقه ولا ينفعه أن يقول كنت أعزل عنها، فذهب بعض الناس إلى أن ذلك خلاف لرواية موسى هذه في قوله فيها إنه من قال كنت أطأ ولا أُنْزِلُ أن الولد لا يلحقه، ومنهم من قال: سأله عمن قال لا أنزل، فأجاب(١٣٧) عمن قال كنت أعزل، وليس شيء من ذلك كله بصحيح، لأن قوله ولا أُنْزِلُ فيها دليل على أنه كان ينزل(١٣٨) خارجاً عنها،

(١٣٠) كذا هو بالأصل ومثله في ق ٢ فأما الذي في المصحف فهو كما يلي: (ثم جعل نسله من سلالة من ماء مهين). وهي الآية ٨ من سورة السجدة.

(١٣١) هو في الستة الصحاح وفي موطأ مالك ومسند ابن حنبل.

(١٣٢) هو عند البخاري وفي سنن أبي داوود وموطأ مالك ومسند ابن حنبل.

(١٣٣) في ق ٢: (أن) بدون الباء.

(١٣٤) في ق ٢: ينفلت.

(١٣٥) في ق ٢: فيسبقه.

(١٣٦) في ق ٢: فقد.

(١٣٧) في ق ٢: فأجابه.

(١٣٨) كذا في ق ٢: ينزل.

وهذا هو العزل بعينه، فعنه سأله، وعليه أجابه، فلا خلاف في رواية موسى لما في المدونة، بل هي مفسرة لها، وبالله التوفيق.

من سماع محمد بن خالد من ابن القاسم

قال محمد: سألت ابن القاسم عن الرجل يشتري الجارية، فتوضع للاستبراء، فيعتقها المبتاع وهي في المواضعة من قبل أن تستبرأ(١٣٩) قال ابن القاسم: إذا كان الذي باعها لا يدعي حملها إن جاء حمل مضى عتقه عليه فيها ولم يكن له فيها رَدٌّ ولو جاء حمل لأنه قد قطع ذلك من(١٤٠) نفسه بعتقه إياها ورضي بذلك.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح من قول ابن القاسم على أصله في أن للمشتري أن يسقط المواضعة عن البائع ويقبلها بعيب الحمل إن ظهر بها إذا لم يقع البيع على ذلك، ويأتي على قول سحنون أنه لا يجوز أن يقبلها قبل ظهور الحمل بها ويسقط(١٤١) المواضعة فيها عن البائع لأنه يتهم في إسقاط الضمان عن البائع وتعجيل النقد له على أن يتعجَّلَ الانتفاع بالجارية فيدخله ابتياع الضمان وسلف جر منفعة أن عتقه فيها لا يلزمه وأن له أن يردها إن ظهر بها حمل، ويبطل العتق. وقد وقع في سماع أبي زيد من كتاب العتق في رجل اشترى أمة فوضعها للاستبراء فحلف بعتقها لرجل ليقضينَّه حقه فحنث، ثم ظهر بها حمل ليس هو من البائع، قال يردها بالحمل ويأخذ الثمن ولا عتق له، وقاله ابن المواز أيضاً في كتاب العيوب من ديوانه، فقال بعض الناس فيها إنها مسألة حائلة لابن القاسم ليست على أصله، ورواية محمد بن خالد هذه عنه تردها، وليس ذلك بصحيح عندي، لأنه إذا بتل عتقها فقد رضي بعيب الحمل إن ظهر واسقط التِّبِعَة فيه عن البائع بقصده إلى تفويتها

(١٣٩) في ق ٢: تستبري.
(١٤٠) في ق ٢: عن.
(١٤١) في ق ٢: وتسقط.

بالعتق، والحالفُ بالعتق أن يقضي غريمه حقَّه ليس بقاصد إلى تبتيل العتق باليمين، وإنما قصد به إلى التخلص من غريمه به فلا يحمل عليه أنه رضي بعيب الحمل إن ظهر إذْ لم يرد إلا البر بالقضاء، ولعله غلب على الحنث بالعجز عن القضاء فوقع الحنث بغير اختياره، وهذا فرق بَيِّنٌ بَيْنَ المسألتين، فلا يحمل على ابن القاسم التناقض والاضطراب في ذلك.

ومن سماع عبد الملك بن الحسن من عبدالله بن وهب

قال عبد الملك بن الحسن: سألت ابن وهب عن الرجل يشتري الجارية وهي من جواري الوطء مثلها يوطأ ومثلها لا يحمل(١٤٢) فهل تتواضع(١٤٣) إذا لم تحض؟ قال: نعم، تتواضع، قلت له: فإن لم تتواضع وماتت في أيام الاستبراء في يد المشتري؟ فقال: إذا جهل الاستبراء فهي من البائع.

قال محمد بن رشد: قد مضى في رسم البيوع الأول من سماع أشهب الاختلاف في وجوب مواضعة التي لا يوطأ مثلها ويومن الحمل منها وفيها تستبرأ به عند من أوجب المواضعة فيها لمن أحب الوقوف عليه، فلا معنى لإعادته، فإن لم تواضع عند من أوجب المواضعة فيها وماتت في يد المشتري قبل أن يمضي من المدة ما تستبرأ فيه فالضمان يكون من البائع كما قال لوجوب الحكم بالمواضعة عنده على ما في المدونة وغيرها، وبالله التوفيق.

ومن مسائل نوازل سئل عنها سحنون

وسئل سحنون عن الرجلين يكون بينهما الجارية فيطآنها في طهر واحد، أحدهما حرٌّ والآخر عبد فتأتي بولد فيدعيانه(١٤٤)

---

(١٤٢) في ق ٢: تحمل.

(١٤٣) في ق ٢: تواضع. وانظر ما يبدو من تناقض بين موضوع كلام العتبي وتعقيب ابن رشد.

(١٤٤) في ق ٢: يدعيانه. وفي الأصل فيدعيانها، وهو تصحيف.

جميعاً، قال: يدعى لهما الْقَافَةُ .قيل له: فإن دعي لهما الْقَافَةُ فقالت: هو للعبد، فقال: الحر مخير إن شاء ضمنه قيمة نصيبه يوم وطئها، وإن شاء تمسك بنصيبه منها لأنها لا تخرج من رق إلى عتق، وهي مثل الجارية بين الرجلين الحرين يطؤها أحدهما فلا تحمل أن الشريك مخير بين أن يتمسك أو يقومها عليه، قيل له: فإذا رضي أن يتمسك بنصيبه هل يكون له نصف الولد رقيقاً؟ قال: نعم. قلت: فإذا أراد الشريك أن يقومها عليه والعبد معسر كيف يغرم قيمتها؟ فقال: تباع الجارية في نصف قيمتها يوم وطئها ليس يوم أولدها فيغرم إليه قيمتها يوم وطئها في الوجهين جميعاً كان له مال أو كان معسراً وليس هو في القيمة إذا كان معسراً مثل الحر

قلت: فهل يباع الولد معها إن كانت قيمة الجارية اليوم ليست تُحيطُ بنصف قيمتها يوم وطئها؟ قال: لا يباع الولد معها لأن الولد ليس مالاً للعبد، وإنما يُباع في القيمة مالُ العبد؛ قال: ويتبع العبد بما بقي من القيمة في ذمته إن لم يكن في ثمن الجارية وفاء، ولا يكون ما بقي في رقبته لأنها ليست جناية لأنه كان مَأْذُوناً له في ذلك، قيل له: فإن ألحقته القافة بهما جميعاً؟ فقال: يعتق الصبي على الحر لأنه قد عتق عليه نصف ابنه وبقي نصفه ابْناً للعبد فيعتق عليه جميعه لما دخل في نصفه من الحرية، ويغرم نصف قيمته إلى سيد العبد.

قلت: فالأمة ما يكون حالها وقد صار نصفها أم ولد للحر ونصفها للعبد؟ قال: أرى أن يقوم عليه النصف [فيحل له وطؤها ويكون عنده نصفها أم ولد له ونصفها رقيق حتى يولدها مرة أخرى بعد استبرائه[١٤٥] هذا][١٤٦] النصف الباقي فيكون جميعها أم ولد

(١٤٥) كذا.

(١٤٦) ساقط من ق ٢.

له، بمنزلة الرجلين الحرين تكون بينهما الجارية فيطؤُها أحدهما فيولدها ولا مال له فيكون له نصفها أم ولد له، ثم إن اشترى نصف شريكه يوماً مّا حل له وطؤها ويكون نصفها بحساب أم ولد ونصفها للمشتري رقيقاً له إلا أن يولدها بعد اشترائه النصف الثاني فيكون جميعُها أم ولد له، قيل له: فهل يقال للصبي إذا بلغ وَالِ أيّهما شئت؟ قال: نعم. قيل له: فإن وَالَى الصبي العبد أيكون ذلك له فيكون ابناً للعبد؟، فقال: نعم يكون ابنه ويكون حراً.

قلت: فإن أعتق العبد يوماً مّا أيرث الغلامُ إن مات العبد(١٤٧)؟ قال: نعم. قال أصبغ: إذا قالت القافة اشتركا فيه وكان أحدهما حراً والآخر عبداً كان نصيب الحر من الأمة عتيقاً معجلاً، وكان نصف العبد منها أم ولد موقوفة لا يطؤها على نحو أمهات الأولاد إن مات العبد ورثها سيدُه وإن أذن له سيدُه باعها، وإن رهقه دين وهو مأذون له بيعت، فإذا بلغ الابن فإن وَالَى الحر لحق به وكان عليه غرم نصف قيمة الولد لأنه رقيق لسيد العبد، لأن ولد العبد من أمتِهِ رقيق لسيده، فإن وَالَى العبدَ لحق به نسبه وكان ولده وكان نصفه حراً كما عتق من أمه نصفها وهو نصيب الحر منه لشبهة الشرك الذي وقع فيه، ولم يكن على الحر أن يقوم عليه بقيمة الولد لأنه ليس عتق ابتداء(١٤٨) وإنما هو حكم لزمه ووقع عليه كهيئته ما لو ورث نصفه. قيل لسحنون: فلو أن أحد الحرين مات والصبيّ لم يبلغ حد المُوَالاَةِ، فقال: يوقف للصبيّ قدر ميراثه من مال الميت حتى يبلغ، فإذا بلغ فإن وَالَى الميت كان الميراث له، وإن وَالَى الحيَّ لم يكن له من ميراث الميت شيء، قيل له: فلو أن

(١٤٧) كذا بالأصل وفي ق ٢: أيرث الغلام العبد إن مات؟.
(١٤٨) في ق ٢: (عتقا ابتداء).

الصبيّ مات قبل أن يبلغ المُوَالاةَ وبعد ما مات أحد أبويه الذي كنت أوقفت له منه ميراثه حتى يوالي لمن يجعل ميراث هذا الصبي وكيف يورث؟ قال: يورث الصبي من أبيه الميت ميراثه ويورث أبوه الحي من الصبي نصف ما ترك الصبيّ من ميراثه عن أبيه أو من مال وهب له أو صار له بوجه من الوجوه، ويرث النصف الباقي ولداً في الصبي الميت إن كان ترك أبوهُ ولداً لأنهم إخوته، فإن لم يكن للميت ولد ورث النصف الباقي من الصبي إخوة الميت أو أعمامه أو من كان يرجع مع الميت إلى صلب.

قال أبو زيد بن أبي الغمر وأصبغ بن الفرج: ميراث الصبي وما ترك من مال لأمه وللأب الباقي، وليس للأب الميت ولا لعصبته من ميراثه شيء، ويردّ ما كان أوقف للصبي من ميراث الميت إلى ورثة الميت الباقين، لأنه لا يجب للصبي بعد فيجب لورثته، لأنه إنما يجب له بعد المُوالاة. ألا ترى أنه لم يكن ينفق عليه منه، وإنما هو موقوف يجب له بالموالاة أو لا يجب.

قال أصبغ: ولو رأيت أن ميراث الميت الأول يجب للصبي ولورثته دخلت[١٤٩] عصبة الأب الميت مع الأب الباقي في ميراث مال الصبي فورثوه جميعاً، ولكن هذا ليس بشيء، والذي لا شك فيه أنّ ميراث الصبي إذا مات بعد موت أحدهما للأب الباقي وحده لا يشرك[١٥٠] فيه أحد إلا الأم وحدها.

قيل لأصبغ: فإن كانا هذين الرجلين اللذين[١٥١] اشتركا فيه أحدهما كافر والآخر مسلم ما الأمر فيهما عندك؟ فقال لي: إن ألحقته

---

(١٤٩) في ق ٢: لأدخلت.

(١٥٠) في ق ٢: يشركه.

(١٥١) كذا بالأصل وهو الذي في ق٢.

الْقَافَةُ بالمسلم لحق به وكأن الأمة أم ولد له وغرم نصف قيمة الأمة إلى الكافر، وإن ألحقته القافة بالكافر لحق به وكان ولده، وعلى دينه، يوارثه وينتسب إليه، وكانت الأمة أم ولد له، وغرم نصف قيمتها إلى المسلم، وإن كانت كافرة أقرت عنده أم ولد له، وإن كانت مسلمة عتقت عليه. قال أصبغ: فإن قالت القافة: إنهما اشتركا فيه فإن الأمة أم ولد معتقة الساعة منهما جميعاً، والولد موقوف حتى يبلغ فيوالي أيهما شاء، فإن وَالَى المسلم فهو ولده وعلى دينه، وإن وَالَى الكافر فهو ولده ولا يكون على دينه ولا يترك إلا على دين الإسلام للشُّبهة والشرك[١٥٢] الذي دخل فيه، وكذلك قال أصحابنا، وهو رأيي.

قلت: فإن مات الكافر منهما قبل بلوغ الصبي أيوقف له ميراثه منه حتى يبلغ؟ قال: نعم، فإذا بلغ فإن والاه أخذ ميراثه منه الذي وقف له، وأما دينه فلا يكون إلا [على][١٥٣] الإسلام.

قلت: وكذلك إن ماتا جميعاً، وقف له أيضاً ميراثه منهما؟ فقال لي: نعم، فأيهما وَالَى وارثه.

قلت: وكيف يرث الكافر وليس هو [كما][١٥٤] زعمت على دينه؟ فقال لي: يرثه بالرحم والنسب وبأنه ولده، ثم نُجْبره[١٥٥] الساعة على الإسلام للذي أخبرتك من شبهة الشرك، وهو استحسان وليس بقياس.

قلت: فإن مات الصبي بعدهما وقد ماتا جميعاً قبله، من

(١٥٢) في ق ٢: وللشرك مجروراً باللام.
(١٥٣) ساقط من ق ٢.
(١٥٤) ساقط من ق ٢.
(١٥٥) في ق ٢: يجبره.

يرثه؟ قال: يرد ما وقف من مالهما إلى ورثتهما يوم ماتا إن مات قبل أن يوالي أحدهما، ثم إن كان ترك مالاً وُهب له أو ورثه من أمه أو فرض له ورث نصفه بعد خروج فريضة إن كان يرثه ذو فريضة عصبة أبيه [المسلم][(١٥٦)] على قُعْدُدِهم به، ويبقى النصف الآخر، فإن كان لأبيه الكافر عصبة مسلمون يرثونه ورثوا ذلك النصف وإلا ورثه المسلمون كهيئة المسلم يموت من أبوه[(١٥٧)] كافر فيرثه عصبته لأبيه المسلم وإلا ورثه المسلمون.

قيل لأصبغ: فلو أنهم ثلاثة وَطِئُوها في طُهر واحد مسلمٌ وعبدٌ ونصرانيّ، فحملت، والأمة مسلمة؟ قال: إن قالت القافة إنهم اشتركوا فيه فإنّها تعتق على المسلم والنصراني ولا تعتق على العبد، ويكون للعبد قيمة نصيبه عليهما جميعاً. وإنما ألزمنا النصراني العتق لأنه حكم وقع بين مسلم ونصراني، ولو كانت الأمة نصرانية عتق جميعها على الحر المسلم وقوّم عليه نصيب العبد والنصراني.

قال محمد بن رشد: الحكم في الأمة بين الشريكين إذا وطئها أحدهما بإذن شريكه أن يقوم عليه شاء أو أبى، ولا خيار في ذلك لواحد منهما، لأن ذلك كالتحليل الذي يلزم[(١٥٨)] القيمة فيه بالوطء على كل حال، وأما إذا وطئها مُتَسَوِّراً عليها دون إذنِهِ ولم تحمل[(١٥٩)] فهو مُخيّر إن شاء قوّمها عليه وإن شاء تمسك بنصيبه، هذا قوله في المدونة، وهو المشهور في المذهب، وإذا تمسك بنصيبه ولم يقومها عليه منع من الغيبة عليها لئلاّ يعود إلى وطئها، ويعاقب على ما فعل من ذلك وإن كان جاهلاً لم يُعذر بجهله إلا أن عقوبته أخف من عقوبة العالم، قاله ابن حبيب؛ وقد قيل: إنها تقوم عليه على كل

(١٥٦) إضافة من ق ٢.
(١٥٧) في ق ٢: أبوه.
(١٥٨) في ق ٢: تلزم.
(١٥٩) في ق ٢: تحمل هكذا، وصحفت في الأصل فكتبت بالياء.

حال لأنه لما وطئها بشبهة دُرِىء عنه الْحَد [بها](١٦٠) قومت عليه، لأنها إن لم تقوم عليه أشبه ذلك عارية الفروج، وهو ظاهر [ما في](١٦١) كتاب الشركة من المدونة، وأما إن حملت فإنها تقوم عليه على كل حال، قال في المدونة يوم حملت لا يوم وطئها إن كان وطئها مرة بعد مرة، لأنه إن كان إنما وطئها مرة فيوم الوطء هو يوم الحمل، فتكون(١٦٢) له أم ولد ولا يكون عليه قيمة الولد، لأنه إنما حدث بعد أن صارت الأمة ملكاً لهُ بوجوب القيمة عليه فيها، ولا نص خلاف في هذا، إلا أن الخلاف يدخل فيه بالمعنى على قوله إن القيمة تكون فيها يوم الحمل، لأنه إذا أوجب القيمة بالحمل فقد وقع الحمل ووجوب القيمة عليه معاً، فإنما وقعا معاً، فلا بدّ أن يغلب أحدهما على الآخر ويحكم له بحكم التقدم، فإذا غلبنا القيمة وحكمنا لها بحكم التقدم لم يكن عليه في الولد شيء، وهو المنصوص، وإذا غلبنا الإيلاد وحكمنا له بحكم التقدم وجب أن يكون عليه نصف قيمة الولد، وعلى هذا المعنى، والله أعلم، قال ابن القاسم في المعسر: إنه يباع عليه نصف الأمة فيما لزمه من نصف قيمتها ويُتبع بنصف قيمة الولد، والقياس على مذهبه في المدونة أن يكون مُخيراً بين أن يقومها عليه يوم الوطء أو يوم الحمل، لأنه ما لم تحمل هو بالخيار ما بين أن يقومها عليه أو يتمسك بحظه منها، فإن قوّمها عليه يوم الوطء فلا إشكال في أنه لا شيء عليه من قيمة الولد، وإن قومها عليه يوم الحمل احتَمَلَ أن [يكون جميعاً](١٦٣) يجب عليه نصف قيمة الولد وأن لا يجب على ما ذكرناه من الاحتمال، والأظهر أن لا يكون عليه نصف قيمة الولد لأن القيمة تجب عليه بأول الإيلاج قبل الإيلاد، وإن وطآها جميعاً عزلت عنهما لئلا يعودا إلى وطئها ووقفت على يدي امرأة، فإن حاضت بيعت عليهما إلا أن يتقاوماها فتصير لأحدهما، وإن لم تحض واستمرت حاملاً فماتت قبل أن تضع كانت

(١٦٠) إضافة من ق ٢.
(١٦١) إضافة من ق ٢.
(١٦٢) في ق ٢: وتكون.
(١٦٣) ساقط من ق ٢.

مصيبتها منهما، وإن وضعت لستة أشهر فصاعداً من يوم وطئها الآخر دعي له الْقَافَةُ، فمن ألحقوه به منهما لحق به، وكانت الأمة أم ولد له، وكان عليه نصف قيمتها يوم حملت لشريكه حسبما وصفناه إذا أولدها أحدهما، وقول(١٦٤) سحنون في أول هذه النوازل: إذا كانت بين حر وعبد فوطآها في طُهر واحد وأتت بولد وادعياه جميعاً أنه يدعى له الْقَافَةُ، معناه إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من يوم وطئها الآخر. وقوله: إذا قالت القافة إنه للعبد أن الحر مخير بين أن يضمنه قيمة نصيبه منها يوم وطئها وبين أن يتمسك به ويكون له نصف الولد رقيقاً صحيحٌ على ما قال من أجل أنه ليس لها بإيلاد العبد حرمةُ أمهات الأولاد، فيكون الحكم في ذلك حكم الجارية بين الشريكين الحُرَّيْن إذا وطئها أحدهما فلم تحمل كما قال في بعض الروايات، وهي مثل الجارية بين الرجلين الحرين يطؤُها أحدهما ولا مال له [فتحمل](١٦٥)، والرواية الأولى أصح وأظهر في المعنى، وعلى القول الذي حكيناه من أنه يقوم(١٦٦) على الحر على كل حال، وإن لم تحمل تقوم على العبد أيضاً حملت أو لم تحمل، وقوله: إن كان مُعدِماً تباع كلها في نصف القيمة ولا يباع الولد في ذلك صحيح، إذ لا حرمة لَهَا بإيلاده على ما وصفناه، ولأن ولد العبد من أمته ليس بملك له، وإنما هو ملك لسيده، وقوله: إن القيمة يكون(١٦٧) فيها يوم وطئها ليس يوم أولدها هو خلاف قول ابن القاسم في المدونة أن القيمة تكون في ذلك يوم حملت لا يوم وطئها، وقد تقدم بيان ذلك(١٦٨) وما هو وجه القياس فيه على مذهبه في المدونة. وقولهُ: إنهُ لا يكون في رقبته من ذلك شيء لأنها ليست جناية خلافُ روايته عن ابن القاسم في أول سماعه من كتاب الجنايات أن ذلك جناية في رقبته، يقال لسيده: إما أن

---

(١٦٤) في ق ٢: وقول. وصحفت في الأصل فكتبت: وقال.
(١٦٥) زيادة من ق ٢.
(١٦٦) في ق ٢: تقوم.
(١٦٧) في ق ٢: تكون.
(١٦٨) في ق ٢: هذا.

تفتكه بنصف قيمة الجارية، وإما أن تسلمه وماله لصاحب الجارية، وإلى هذا نحا ابن عبد الحكم فقال: ويقع في قلبي أنها جناية. وقوله: لأنه كان مأذوناً له في ذلك معناه لأنه كان مأذوناً له في وطء ما ملكت يمينه، فلما وطىء بهذه الشبهة ما له فيه شرك فسقط عنه الحد لزمه القيمة في ذمته وخرجت من أن تكون جناية في رقبته، هذا معنى قوله، لا أنه يباح له أن يطأ أمةً له فيها شرك، وقوله: إذا ألحقته القافة بهما أن الصبي يعتق على الحر ويغرم نصف قيمته إلى سيد العبد ليس بجيد، لأنه لم يعتق نصفه فيقوم عليه باقيه، بل كان نصفه حراً بالحكم من أصله، لأن ولد الحر من أمته حر من أصله. وإذا كان من ورث نصف أبيه لا يعتق عليه باقيه بالتقويم وإن كان الولاء له لأنه أعتق عليه فأحرى أن لا يُقوم عليه نصف ابنه في هذه المسألة إذ لم يعتق نصفه ولا له من ولائِه شيء، ألا ترى أنه إن قُوم عليه نصفه على ما ذهب إليه فمات أبوه وهو حر معتق ثم مات هو بعده ولا وارث له إلا الذي أعتق أباه لم يرث منه بالولاء إلا النصف الذي أعتق عليه بالتقويم، وكذلك قول أصبغ: إنه لا يعتق عليه نصفه يغرم نصف قيمته إلا أن يواليه لا معنى له يصح عليه، لأنه إن وجب أن يقوم عليه فلا وجه لتأخير ذلك إلى أن يواليه، وإن لم يجب ذلك قبل أن يواليه فلا يوجب ذلك عليه موالاته إياه، وهذا بيِّن.

وفي قول سحنون: إنه يقوم على الحر نصف الأمة التي للعبد فيكون له رقيقاً ويحل له وطؤها حتى يولدها مرة أخرى بعد اشترائه هذا النصف فيكون جميعها أم ولد له نظرٌ، لأنه إذا لم يقوم عليه نصف العبد إلى حرية فلا ينبغي أن يكون ذلك إلا بِرضى العبد. وقد وقع في بعض الكتب قال: أرى أن يقوم عليه نصف الباقي فيكون جميعها أم ولد له، وسقط ما بين ذلك من الكلام، فعلى هذا يكون جميعها أم ولد له إذا قُوِّمت عليه، ولا يحتاج في ذلك إلا إيلاد ثانٍ، وهو ضعيف يرده قوله في المسألة التي نظَّرها بها في الشراء، إذ لا فرق بين المسألتين. وقد حكى أبو إسحاق التونسي الخلاف أيضاً في مسألة الشراء وإن كان ضعيفاً لا يحمله[١٦٩] القياس، فعليه يأتي أن يجبر العبد على

(١٦٩) في ق ٢: يحيله.

أن يقوم نصيبه من الأمة على الحر على ظاهر قول سحنون في الرواية وقد وصفناه. وقول أصبغ: إذا قالت الْقَافَةُ اشتركا فيه إن نصيب الحر من الأمة يكون عتيقاً معجلاً ويبقى نصيب العبد منها بحال أم ولد العبد وتكون موقوفة لا يطؤُها خلاف قول سحنون المتقدم وخلاف قوله هو أيضاً بعد هذا في الجارية تكون بين الحر والعبد والنصراني فيطؤُوها في طُهر واحد فتحمل إنها إن كانت مسلمة قُوِّم نصيب العبد على النصراني والمسلم وأعتقت عليهما، وإن كانت نصرانية قُوم نصيب العبد والنصرانيّ على المسلم وأعتقت عليه.

وقول أصبغ في هذه المسألة وإن كان مخالفاً لقوله الأول فليس بموافق لقول سحنون، بل هو مخالف له إذ قال: إنها تعتق على المسلم إذا قوم عليه نصيب العبد والنصراني، ولم يقل إنها تبقى بيده ثلثها أم ولد له وثلثاها رقيق حتى يولدها مرة أخرى فيكون جميعها أم ولد له، ولا قال أيضاً: إن جميعها يكون [له](١٧٠) أم ولد إذا قُوّم عليه نصيب العبد والنصراني ولا يحتاج إلى أن يولدها مرة أخرى على ما ذكرنا أنه وقع في بعض الروايات، وعلى ما حكاه أبو إسحاق التونسي. وعتق الأمة على المسلم إذا كانت نصرانية فقوم عليه نصيب العبد والنصراني بعيدٌ لاحظ له في النظر، وأما إذا كانت مسلمة فقوم على المسلم والنصراني نصيب العبد وإنما أعتق على المسلم حظه منها من أجل أنه لا يستطيع وطأها بسبب حظ النصراني فيها الذي سبيله أن يعتق، ولا يدخل فيه اختلاف قول مالك في أم ولد النصراني تُسلم هل تعتق أو توقف لما دخلها من حرية نصيب المسلم. فيتحصل في حظ العبد من الأمة إذا كانت بينه وبين الحر فوطآها جميعاً في طهر واحد فحملت أربعةُ أقوال: أحدُهَا أنه يكون مُخيراً بين أن يقوم حظه على شريكه الحر أو يتماسك به، فإن قومت عليه كانت له أم ولد في قول ولا تكون له أم ولد حتى يولدها ثانية في قول [مالك](١٧١). والثاني: أنها تقوّم عليه شَاءَ أو أبَى، وتكون له أم ولد أيضاً ولا(١٧٢) يكون

(١٧٠) زيادة من ق ٢.
(١٧١) ساقط من ق ٢.
(١٧٢) في ق ٢: (أولاً).

حتى يولدها ثانية. والثالث: أنه يعتق عليه نصيبه ولا يقوّم عليه نصيب العبد، وتبقى بيده بحال أم ولد العبد، والرابع: أنه لا يعتق عليه نصيبُه ولا يقوّم عليه نصيب العبد وتبقى بيده بحال أم ولد العبد، فإن اشتراها(١٧٣) يوماً ما حل له الوطءُ. فهذه ستة أقوال، لأن القول الأول والثاني يتفرع كل واحد منهما إلى قولين، وفي كلها نظر لا يسلم من الاعتراض منها إلا القول الواحد، وهو أن يكون مخيراً بين أن يقوم حظه أو يتماسك به، فإن قومه عليه لم يكن جميعها أم ولد له حتى يولدها مرة أخرى(١٧٤). وقول سحنون: إن أحد الحرين إذا مات والصبي لم يبلغ حد الموالاة يُوقف له قدر ميراثه من مال الميت حتى يبلغ، فإذا بلغ فإن وَالَى الميت كان الميراث له، وإن وَالَى الحيَّ لم يكن له من ميراث الميت شيء صحيحٌ على القول بالموالاة، وقد اختلف في حدها، فقيل بلوغ الإثغار والميز، وهو قول أصبغ في كتاب **مجالسه**، وظاهر قول ابن حبيب في **الواضحة** [أنه البلوغ](١٧٥) وأما قوله: إنه إذا مات الصبي بعد ما مات أحد أبويه الذي كان وقف له ميراثه منه أنه يورث من أبيه الميت ما كان وقف له من ميراثه منه ثم يرث ذلك عنه مع ما كان له من غير ذلك أبوه الحي وورثة أبيه الميت فهو قول فيه نظر، والصواب أن يأخذ نصف ما وقف له من الميت فيضاف ذلك إلى مال إن كان له من غير ذلك فيكون ذلك بين الأب الحي وأحق الناس بميراثه من قبل الأب الميت، لأنه ما لم يوال أحدهما فهو محمول على أنه ابن لهما جميعاً، وهذا قول ابن القاسم، وكذلك لو ماتا جميعاً قبله ثم مات بعدهما قبل أن يوالي واحداً منهما لورث من كل واحد منهما نصف ميراثه لأنه ابن لهما جميعاً، فيأخذ من مال هذا نصف ميراثه ومن مال هذا نصف ميراثه، فيضاف ذلك إلى مال إن كان له من غير ذلك بهبة أو عطية أو ما أشبه ذلك، فيكون جميع ذلك بين أحق الناس بميراثه من قبل

---

(١٧٣) في ق ٢: (اشتراه) بضمير الغائب المذكر.

(١٧٤) في ق ٢ (ثانية) بدل (أخرى).

(١٧٥) إضافة من ق ٢.

أبويه جميعاً نصفين(١٧٦)، لأنه إنما هو رجل مات وله أبوان توفيا قبله، فيورث من أبويه جميعاً نصف ميراثه من كل واحد منهما، ثم يورث(١٧٧) أقرب الناس إليه من كل واحد من أبويه نصف ما ترك، وقول أصبغ وأبي زيد بن أبي الغمر: إنه يرد ما كان وقف له من ميراث الميت إلى ورثته وترثه هو أمه والأب الباقي وحده بعيدٌ، ويردّه قوله بعد ذلك في المسلم والنصراني إنهما إن(١٧٨) ماتا قبله ثم مات هو بعدهما يودي(١٧٩) ما كان وقف له من ميراث كل واحد منهما إلى ورثته، ويرث نصف ما كان له من غير ذلك بعد خروج فريضة من له فرض مسمى إن كان يرثه ذو فريضة، يُريد مثل الأم والإخوة للأم والجدة عصبة أبيه المسلم على قعددهم، والنصف الآخر للمسلمين من عصبة أبيه الكافر إن كان له عصبة مسلمون. فإن وقف له ميراثه من الميت منهما فبلغ حد الموالاة فأبى أن يوالي واحداً منهما فذلك له، قاله سحنون، ويكون له نصف ما وقف له، وإن مات الصبي قبل أن تنظر إليه الْقَافَةُ وله مال وهب له فهو بين الواطئين كمال بينهما يتنازعانه، وإن مات أحد الواطِئَيْنِ نظر الْقَافَةُ إلى الولد والباقي، فإن زعموا أنه له لحق به وكانت الجارية أم ولده، واختلف إذا(١٨٠) قالت القافة: ليس هو لهذا فقيل: إنه يلحق بالميت، وقيل: لا يلحق بواحدٍ منهما. وكذلك اختُلف أيضاً إن مات الواطئان وبقي الولد، فقيل: إنه يورث(١٨١) من كل واحد منهما نصف ميراث ولد، وقيل: إنه لا يورث(١٨٢) من واحد منهما شيئاً.

---

(١٧٦) في ق ٢: بنصفين.
(١٧٧) في ق ٢: يرث.
(١٧٨) في ق ٢: إذا.
(١٧٩) في ق ٢: يرد.
(١٨٠) في ق ٢: إن.
(١٨١) في ق ٢: يرث.
(١٨٢) في ق ٢: يرث.

مسألة

وقال سحنون في أمة بين ثلاثة نفر وطئها الأول فولدت منه [وهو لا يعلم][١٨٣]، ثم وطئها الثاني فولدت منه وهو لا يعلم، ثم وطئها الثالث وهو لا يعلم فولدت منه، فإن السيد الأول لما وطىء ضمن القيمة لهذين وصارت أم ولد له فإنما وطىء هذا أم ولده فإنهم يتقاصون بالقيمة ويرجع بعضهم على بعض، فإن كانت قيمة أم الولد أكثر من قيمة الأولاد رجعوا عليه بما بقي، وإن كان قيمة الأولاد أكثر من قيمة أم الولد رجع عليهم بما بقي، وهذا إذا كان موسراً. وأما إن كان معدماً عتق عليه ثلثه في الأمة ويصير[١٨٤] عليه قيمة ثلثي ولده لهذين، فإذا وطىء الثاني أيضاً عتق عليه ثلثه في الأمة وإنما وطىء ثلثاً حراً وثلثين رقيقاً، فيصير ثلث قيمة ولده للثالث، وإذا وطىء الثالث أيضاً عتق نصيبه في الأمة فلا يكون لواحد منهما على الثالث في ذلك[١٨٥] شيء.

قال محمد بن رشد: أما إذا كان الأول[١٨٦] موسراً فالحكم على ما قال لا أعرف فيه نص خلاف، إلا أن الخلاف يدخل فيه بالمعنى، فيقال: إنه يكون على الأول قيمة ثلثي ولده لشريكيه مع قيمة ثلثي الأمة لهما إذا قررنا أن الحمل سبق وجوب القيمة حسبما مضى القول فيه في أوّل النوازل، وقد يقال أيضاً: إنها تعتق عليهم كلهم ولا تقوم على الأول إذ قد فات ذلك فيها كالعبد بين الشريكين يعتق أحدهما جميعه وهو موسر ثم يعتق الآخر، فقيل: إنه يعتق على الأول ولا عتق للثاني فيه، وقيل: إنه ينفذ عتق الثاني ولا يقوم على

(١٨٣) ساقط من ق ٢.
(١٨٤) في ق ٢: وتصير.
(١٨٥) في ق ٢: في ولده.
(١٨٦) في ق ٢: (الولد) بدل (الأول).

الأول، ويقال أيضاً: إنَّهُ يكون على الثاني للأول قيمة ثلث ولده على أنه ولد أم ولد، وللثالث قيمة ثلث ولده على أنه ولد أمة، إذ لم يكن وطؤُه وإيلادهُ إلا قبل الحكم على الأول بالتقويم، فإنما وطىء أمة له ثلثها، وثلثُها أم ولد للأول، وثلثها رِقٌ للثالث، ويكون على الثالث على هذا القياس قيمة ثلث ولده للأول على أنه ولد أم ولد وقيمة ثلث ولده للثاني على أنه ولد أم ولد أيضاً، إذ لم يكن وطؤه إلا بعد أن صار حظ كل واحد منهما أم ولد به بإيلاده إياها، وأما إذا كان الأول معدماً فقوله: إنه يعتق ثلثه في الأمة ويكون عليه ثلثا قيمة ولده للآخرين صحيحٌ، لأنه لَمَّا لَمْ تقوم عليه الأمة لعدمه، وبقي ثلثاها ملكاً لشريكيه وجب عليه لهما ثلثا قيمة ولده، وهو قول ابن القاسم، وفي كتاب محمد بن المواز أنه لا شيء عليه لشريكيه إذ قد أفاتا نصيبهما بالإيلاد من الأمة، وقد مضىَ هذا في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى، وقوله: إن الثاني يعتق عليه ثلثه في الأمة ويكون عليه قيمة ثلث ولدِهِ للثالث ولا يكون عليه للأول شيء لأنه وطىء ثلثاً حراً فيه نظرٌ، إذ لم يطأ إلا قبل أن يحكم على الأول بعتق نصيبه، وقد قيل: إنه لا يعتق عليه، فكان القياس أن يكون عليه للأول قيمة ثلث ولده على أنه ولد أم ولد، وكذلك كان القياس أن يكون على الثالث قيمة ثلثي ولده للأول والثاني على أنه ولد أم ولد، ولو وطئها الثاني والثالث وهما يعلمان أن الأول قدْ وطئها وأولدها لوجب أن تكون أم ولد له من غير غرْم يكون عليه، وبالله التوفيق.

مسألة

قيل لسحنون: فلو أن جارية لثلاثة إخوة تسوّر عليها أحدهم فوطئها فأولدها ولم يقر بولدها، فأقام بذلك زماناً ثم تسور عليها أيضاً أحد الأخوين فأولدها، ثم أقرّا جميعاً بالوطء وبالولدين، هل تكون أم ولد للأول ويعطي إخوته[١٨٧] ثلثي قيمتها إذا كان يوم

(١٨٧) في ق ٢: (أخويه).

وطئها موسراً؟ وهل[١٨٨] يعتق عليهما ويعطى الآخر ثلث القيمة؟ قال: تكون أم ولد للأول وعليه ثلثا قيمتها يوم وطئها لأخويه، وعلى أخيه الثاني الذي أولدها قيمة ولدِهِ على أنه ولد أم ولد لأخيه الأول. وفيها قول غير هذا لأصحابنا، وهذا أعدل إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قوله: إنها تكون أم ولدٍ ويكون عليه ثلثا قيمتها يوم وطئها لإخوته هو مثل ما تقدم من قوله في المسألة التي قبل هذه، وكذلك قوله وعلى أخيه الثاني الذي أولدها قيمة ولده على أنه ولدُ أم ولد لأخيه الأول هو مثل قوله في المسألة التي قبل هذه أيضاً. وقد ذكرنا ما يدخل من الاختلاف في ذلك كله بالمعنى، وإليه أشَارَ وَالله أعلم بقوله: وفيها قولٌ غير هذا لأصحابنا، والله أعلم.

مَسْألة

قيل لعبد الملك بن الماجشون: ما تقول في أمة بين رجلين ولدت ولدين مفترقين بطناً بعد بطن أو في بطن واحد، فقال أحدهما لأحد الولدين: هذا ابني، وقال الآخر للآخر من الولدين: هذا ابني، فقال: انظر إلى الذي استلحق الأكبر من الولدين فألحقه به وألزمه نصف قيمة الجارية، واجعل الآخر كأنما أصابها وقد ولدت من شريكه فولدت من الآخر بشبهة، فالولد ولدُه يلحق به، وعليه قيمته لشريكه الواطىء أولاً، ولهذا الآخر على الأول نصف قيمة الجارية ويترادَّان الفضل بينهما. وهذا إذا كانا في بطن بعد بطن، فأما إذا كانا في بطن واحد فاجعلهما كأنهما ولدا[١٨٩] واحدٍ ادَّعاه رجلان سيدا أمةٍ فتنظر إليهما ٱلْقَافَةُ ولا يلحقانه أبداً إلا برجل واحد.

---

(١٨٨) في ق ٢: أو هل.

(١٨٩) في ق ٢: (ولد) بالإفراد.

قلت: فإن ألحقت القافة كل واحد من المتداعيين من ادعى واستلاط[١٩٠]؟ قال هو مثل ما [لو][١٩١] قالا في واحد إنه[١٩٢] ابنهما جميعاً لم يكن أبداً حتى يلحق بواحد دون واحد، فكذلك الابنان في بطن واحد لا يلحقان أبداً إلا بواحد من السيدين.

قال محمد بن رشد: قوله فالولد ولده يلحق به، وعليه قيمته لشريكه، يريد قيمته على الرجاء والخوف، على أنه ولد أم ولد على معنى ما في المدونة وفي المسائل التي فوق هذا[١٩٣] ولو لم يقوم حتى مات المدعي الأول لم يكن على الثاني فيه قيمة لأنه يعتق بعتق أمه، وهي أم ولد الميت تعتق بموته وقوله: إنّ الولدين في بطن واحد كالولد الواحد لا تُلحقه ٱلْقَافَةُ أبداً إلا برجل واحد نص جليٌّ في أن الاشتراك في الولد الواحد لا يصح ولا يعمل قول القافة فيه ويقال لهم ألحقوه بأنضجهما به شبهاً على ما حكى ابن حبيب عنه وعن مطرف وابن نافع، فإن لم يكن على هذا القول أحدهما أكثر شبهاً به من صاحبه لم يحكم عليه بأنه ابن لهما ولا كان له أن يُوالي واحداً منهما، فإن مات ورثاه جميعاً بالدعوى كالمدعيين في المال وهو بأيديهما ولا بينة لواحد منهما، وإن مات أحدهما أو ماتا جميعاً لم يكن له ميراث من واحد منهما إذ لا يدرى هل هو ابنه أم لا، ولا يورث أحد من أحد بشك. وقيل إنه يأخذ نصف ميراثه من كل واحد منهما لأن المنازعة تحصل فيه بينه وبين الورثة بقوله هو لي لأني ابنه، وبقول الورثة هو لنا لأنك لست بابن له، فيقسم بينهما نصفين، والأول أظهر. ووجه هذا القول إنكار عمر بن الخطاب على القافة قولهم إنهما اشتركا في الولد وضربهم بالدرة على ذلك، وهذا هو مذهب ابن القاسم

---

(١٩٠) في أساس البلاغة للزمخشري: فلان مستلاط: دعيٌّ واستلاط ولداً ليس منه: ادعاه.

(١٩١) إضافة من ق ٢.

(١٩٢) في ق ٢: (هو) بدل (إنه).

(١٩٣) في ق ٢: هذه.

وروايته عن مالك أن الاشتراك في الولد الواحد لا يصح، إلا أنه يقول إن القافة إذا قالت اشتركا فيه قيل له وَالِ أيَّهما شئت اتباعاً لما جاء عن عمر بن الخطاب في ذلك، فإن مات قبل أن يبلغ حدّ المُوالاة أو ماتا هما أو أحدهما كان الحكم في ذلك على ما تقدم. وقد قيل إنه يصح أن يكون علوق المرأة بالولد الواحد من الرِّجَالِ ٱلْعِدَّةِ، فعلى هذا القول إذا قالت القافة اشتركا فيه كان ابناً لهما جميعاً ولم يُوَالِ واحداً منهما وورث كل واحد منهما منه نصف ميراث أبٍ، ويرث [هو من](١٩٤) كل واحد منهما نصف ميراث ابن. وقد جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ما يدلُّ على هذا، فيلزم على قياس [هذا](١٩٥) القول إذا أتت بولدين في بطن واحد وقد كانا وطآها في طهر واحد فألحقت القافة بكل واحد منهما واحداً منهما بعينه لحق به، لأنه إذا جاز أن يشترك الرجلان في الولد الواحد كان أَجْوَزَ أن يشتركا فيها في البطن الواحد فيكون لكل واحد منهما واحد منهما بعينه، وبالله التوفيق.

مسألة

قيل لعبد الملك: ما تقول في الرجل يَطَأُ جارية ابنه ثم وطئها الابن بعد ذلك، قال: إذا أصابها الابن بعد الأب فقد سقطت القيمة عن الأب وتباع فيعطى الابن ثمنها بالغاً ما بلغ، أقلّ من القيمة كان أو أكثر، قال أصبغ: لا يعجبني، ولكن تُقوَّم على كل واحد منهما يوم وطئها إن اختلفت القيم وتباع على الواطىء حين تحول(١٩٦)، ثم يتحاسبان على ذلك، فمن كان له الفضل أخذه، ومن كان عليه النقصان أدَّاه، وتُباع ولا تقرّ عندهما، لأن القيمة

(١٩٤) إضافة من ق ٢.

(١٩٥) زيادة من ق ٢.

(١٩٦) في مصباح الفيومي: «حالت المرأة والنخلة والناقة وكل أنثى حِيالاً بالكسر: لم تحمل فهي حائل».

الأولى لزمت الأب بالوطء. قيل لعبد الملك فلو حملت وقد أصاباها جميعاً في طهر واحد؟ قال: تُدْعَى لها القافة فإن ألحقته بالابن عتقت عليه الجارية وكان الولد له، قال أصبغ مثله، قال عبد الملك، وإن ألحقته بالأول وهو الأب فالولد له والأمة منه بالقيمة إن كان المتعدي فيها وليست له، وإن كان الذي هي له فالولد له وله القيمة على ابنه بإتلافها عليه وبطلانها كقتله إياها لو قتلها، وإن ألحقته بالثاني فالولد له، وينظر فإن كان الابن الذي هو مالكها تحاسبا بالقيمتين، وإن كان هو الأب المتعدي غرم قيمتها للابن على كل حال بفساده إياها.

قال محمد بن رشد: أما إذا وطىء الأب جارية ابنه ثم وطئها الابن بعد ذلك فقول ابن الماجشون صحيح إن كان الابن قد وطىء جاريته قبل أن يطأها الأب، وقول أصبغ صحيح إن كان الأب لم يطأها قبل ذلك، لأن الأب إذا وطىء جارية ابنه بعد أن وطئها الابن فمن حق الابن أن يقوّمها عليه لأنه حرّمها عليه، فإن قوّمها عليه بيعت عليه، إذ لا يؤتمن عليها من أجل أنه وطئها وهي حرمة له بوطء ابنه إياها، وإن أراد الابن أن يتمسّك بجاريته للاستخدام والخدمة ولا يقومها على أبيه فذلك له، فإذا وطىء الأب جارية ابنه وقد وطئها الابن ثم وطئها الابن بعد أن وطئها أبوه وكان وطؤه إياها رضى منه بترك تضمين أبيه ووجب أن تباع عليه إذ لا يؤتمن عليها من أجل أنه قد وطئها وهي حرمة له بوطء أبيه إياها كما قال ابن الماجشون، وذلك إذا وطىء الأب جارية ابنه قبل أن يطأها الابن فقد وجب أن تقوم على الأب شاء أو أبى، ولا خيار في ذلك لواحد منهما، وإن رضيا جميعاً بترك تقويمها على الأب لم يجز ذلك، لأن الأمر يؤول إلى أنه كأنه حلّلها له، فإذا قومت عليه كانت أمة له وحل له وطؤها إذ لم يتقدم للابن فيها وطء، فإذا وطىء الأب جارية ابنه قبل أن يطأها الابن ثم وطئها الابن بعد أن وطئها أبوه وجب أن تقوّم على الأب للابن لأنه أفسدها عليه بوطئه إياها أولاً، ووجب أيضاً أن تقوّم على الابن للأب لأنه أفسدها عليه بوطئه إياها آخراً، إذْ لو لم يطأها

لقوّمت على الأب وحلت له، ولم يكن لواحد منهما في ذلك خيار ويتحاسبان في ذلك، فمن كان له فضل منهما على صاحبه رجع به عليه، وتباع على الابن الذي قومت عليه آخراً حين يحول[١٩٧] أي حين يتبين أنه ليس بها حمل من أجل أنه لا يؤتمن عليها إذ قد وطئها وهي حرمة له بما تَقَدَّمَ من وطء أبيه إياها كما قال أصبغ، فالمعنى في هذا أن ابن الماجشون تكلم على أن الابن قد كان وطىء جاريته قبل أن يطأها الأب، وتأول عليه أصبغ أنه إذا تكلم على أن الابن لم يكن وطىء جاريته حتى وطئها الأب، ولذلك قال لا يعجبني قوله، ولكن يقوم[١٩٨] على كل واحد منهما، ومما يصحح هذا الذي قلناه أن ابن الماجشون قد قال في آخر المسألة مثل قول أصبغ إنها تقوّم على كل واحد منهما فيتحاسبان في القيمتين إذا وطئها الأب ثم وطئها الابن في ذلك الطهر وهي له فَأَتَتْ بولد وألحقته به القافة لأن المعنى في ذلك أن الابن لم يكن تقدم له فيها وطء قبل الوطء[١٩٩] يريد وتعتق عليه إذ لا يستطيع وطأها أبداً لوطء أبيه إياها، وهو لا يملك منها إلا الوطء لكونها أم ولد له، ولو كان [الابن][٢٠٠] يطؤها وهي جاريته ثم وطئها بعد ذلك في طهر واحد الأب ثم الابن فأتت بولد وألحقته القافة بالابن لعتقت على الابن ولم يكن على الأب فيها قيمة، لأن وطأه إياها بعد أن وطئها أبوه رضى منه بإسقاط القيمة عنه على ما قال في أول المسألة إذ[٢٠١] لم تحمل حيث قال أصبغ إنه قال لا يعجبني قوله، وقد بينا أن قوله ليس بخلاف لقوله، وإن كلًّ واحد منهما تكلم على ما لم يتكلم عليه صاحبه، ولو ألحقت القافة الولد بالأب الذي ليست الجارية له لكانت أم ولد له ولزمته فيها القيمة لابنه لإفساده إياها عليه وعجّل عليه عتقها، إذ لا سبيل له إلى وطئها سواء كان وطء الأب قبل الابن أو بعده،

(١٩٧) في ق ٢: تحول.
(١٩٨) في ق ٢: تقوم.
(٩٩) في ق ٢: (الأب) بدل (الوطء).
(٢٠٠) ساقط من ق ٢.
(٢٠١) في ق ٢: إذا.

كان تقدم للابن فيها وطء أو لم يتقدم، وإنما يفترق ذلك إذا ألحقت القافة الولد بالابن حسبما بيناه.

مسألة

وسئل سحنون عن رجلين وطآ أمة في طهر واحد فحملت في ذلك الطهر فولدت ولداً فمات ذلك الولد قبل أن تدعى له القافة، قال تعتق الجارية منهما.

قال محمد بن رشد: قوله إن الجارية تعتق منهما صحيح، لأن الولد إذا مات قبل أن تدعى له القافة فيحمل محمل الاشتراك فيها وفي ولدها بمنزلة إذا قالت القافة إنهما اشتركا فيه، فيرثانه جميعاً إن كان له مال وهب له، وتصير الأمة قد صارت في حكم أم ولد لهما جميعاً فتعتق عليهما جميعاً، إذ لا يحل لواحد منهما وطؤها بالملك أبداً، ولم يكن لهما فيها سوى ذلك، وهذا إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من يوم وطئها الآخر، ولأقل من أقصى ما يلحق به الولد من يوم وطئها الأول، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها الآخر فهو للأول، والأمة أم ولد له، وعليه نصف قيمتها لشريكه إن كانت بينهما بنصفين، وإن أتت به لأكثر من أقصى ما يلحق به الولد من يوم وطئها الأول وذلك خمسة أعوام على المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك فهو للثاني، والأول منه بريء فتكون أم ولد للثاني ويكون عليه نصف قيمتها للأول.

مسألة

قيل لسحنون فرجل توفي وترك جاريته وابنين من غيرها، ثم ظهر بالجارية حمل بعد موت السيد، فولدت بعد موته بمثل ما يكون[٢٠٢] لغيره، فادعى أحد الأخوين أنه وطىء الجارية وأن هذا

(٢٠٢) في ق ٢: يكن.

الولد منه، وادعى الآخر أن هذا الولد من أبيه الميت، وقال هو أخونا، قال سحنون: إن كان سيدها الميت كان يطؤها فالولد يلحق بالسيد، ولا يقبل قول الأخ الذي قال: هو ولدي، وإن كان السيد لم [يكن](٢٠٣) يطؤها فالوَلد يلحق بهذا الأخ المدعى له، ولا يقبل قول أخيه الذي قال هو من أبي، وعلى الواطىء أن يغرم لأخيه نصف قيمتها، وإن شكوا فلم يدروا أن أباهم كان يطأ أو لا يطأ فالقول في ذلك قول المدعي للولد، وعليه نصف القيمة لأخيه.

قال محمد بن رشد: هذا بيّنٌ على ما قال إنه إذا علم أن سيدها الميت كان يطؤها فالولد له ولا يقبل دعوى المدعي فيه لقول النبي عليه السلام «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»(٢٠٤) لأن فراش السيد الميت صحيح، والمدعي يدعي الولد بوطء غير صحيح إلا أن له فيه شبهة يُدْرَأُ الحدّ عنه بها، وهذا إذا أتت بالولد لما يلحق الأنساب من الميت، فإذا أتت به لأكثر من ذلك فهو للمدعي وعليه نصف القيمة لأخيه، وأما إن كان السيد الميت لا يطأ أو جهل حاله فيلحق الولد بالمدعي كما قال، إذ لا يجوز أن يلحق بالميت ولو لم يقرّ به ولا علم أن أمه كانت فراشاً له.

مسألة

وسئل سحنون عن جارية بين رجلين تسوّر عليها أحدهما فأولدها، فقال الشريك غير الواطىء: قد كنت أعتقت مصابتي منها قبل أن يطأها فصدقه الواطىء وقال: قد كان أعتقها قبل ذلك، هل تعتق عليهما جميعاً؟ أم تكون أم ولد للواطىء وعليه نصف قيمتها لشريكه؟ قال سحنون: تعتق عليهما جميعاً ولا يكون على الواطىء

(٢٠٣) إضافة من ق ٢.
(٢٠٤) تقدم تخريجه.

شيء، ويلحق به النسب، وعليه الأدب إلا أن يعذر بالجهالة(٢٠٥).

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن الشريك لما قال إنه أعتق حظه قبل وطء شريكه فقد أقرّ أنه لا شيء له على الواطىء في وطئه الأمة وإيلادها، وقد كان للواطىء أن لا يصدقه فيما ادعى(٢٠٦) من عتق حظه قبل ذلك لما يوجبه له الحكم من أن تقوم عليه الجارية فتكون أم ولد له، فلما صدقه لم يكن له إلى التقويم سبيل وأعتق عليه حظه في الأمة إذ لا يستطيع أن يطأها ونصفها أم ولد له ونصفها حر، ولو لم يصدقه لم يصدق، لأنه إنما أراد أن يفسدها عليه وقوّمت عليه فصارت أم ولد له، إلا أن لا يكون له مال فيصدق الشريك في أنه قد كان أعتق حظه، ويعتق أيضاً نصيب الواطىء لأنه إنما كان له فيها الاستمتاع، فقد انقطع ذلك بعتق شريكه حظه، قال هذا ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق، وهو تتميم لقول سحنون هنا، وإذا قوّم عليه نصيب شريكه على قوله فتكون القيمة موقوفة لا يأخذها إلا أن يكذب نفسه. وقول سحنون ولا يكون على الواطىء شيء يريد لشريكه لا في الولد ولا في الأمة إذ قد أقر أنها حرة من قبل أن يطأها ولا للأمة في وطئه إياها إن كانت طاوعته في ذلك، وإن كان استكرهها كان عليه نصف ما نقص ذلك من ثمنها إن نقص، قال ذلك في كتاب القذف من المدونة وغيره، واختلف قول ابن القاسم في عكس هذه المسألة، وهي الأمة تكون بين الرجلين ولها ولد هو بينهما فيعتق أحدهما نصيبه من الأمة ويستلحق الآخر الولد، فقال ابن القاسم في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب العتق يلحق به الولد ويكون عليه نصف قيمته لصاحبه، ويعتق نصيبه في الأمة إذ لا سبيل له إلى وطئها وبعضها حر، وقال في كتاب ابن حبيب لا قيمة عليه في الولد ولا في الأمة، لأن إقراره بأن الولد له لو علم منه قبل العتق لم يكن عليه في الولد قيمة، وإنما كانت تكون عليه نصف قيمة الأمة، فلما لم يعلم ذلك منه إلا بعد العتق سقطت عنه القيمة في الأمة وبالله التوفيق.

---

(٢٠٥) في ق ٢: (بجهالة) منكراً.

(٢٠٦) في ق ٢: ادعاه.

مسألة

وسئل سحنون عن الرجل يموت ويقول: جاريتي حامل، وتقول الجارية ما أنا بحامل، هل يقبل قولها؟ قال تستبرأ إن كانت حاملاً، قيل له فإن جاءت بولد بعدما استبرئت؟ فقال: إن جاءت بولد بعد موت سيدها لخمس سنين فهو للسيد، لأنه أقر أنَّ مَاءَهُ فيها ما لم تتزوج، فإن تزوجت فأتت بولد لستة أشهر فأكثر(٢٠٧) فهو للزوج، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر بعدما تزوجت فهو للسيد.

قال محمد بن رشد: قوله تستبرأ يريد بحيضة لأنها من الإماء، فإن حاضت لم تمنع من النكاح، وكذلك إن لم تحض فبقيت ثلاثة أشهر ولم تظهر بها ريبة ولا حمل، أو تسعة أشهر على اختلاف قول مالك في ذلك في المدونة وغيرها، وقد مضى القول فيه في رسم استأذن من سماع عيسى ورسم الدور والمزارع من سماع يحيى، فإن لم تتزوج وأتت بولد لحق بالسيد إلى ما تلحق به الأنساب وإن أقرت أنه ليس(٢٠٨) منه وإن كان ذلك بعد الاستبراء إذ قد ترى المرأة الدم على الحمل، وقد يضعف الولد في البطن فلا تتبين(٢٠٩) المدة الطويلة، وهذا ما لا اختلاف فيه، إذ قد أقر السيد أنها حامل منه، ولو لم يقر السيد بذلك ولا ادعاه إلا أنه علم أنه كان يطؤها فأقرت أنها حاضت واستبرأت نفسها وأنه لا حمل بها ثم أتت بعد ذلك بولد لما يلحق(٢١٠) به الأنساب فادعت أنه من سيدها لجرى ذلك على الاختلاف في التي تطلق أو يتوفى عنها زوجها فتقر بانقضاء عدّتها على وجهها وأنه لا حمل بها(٢١١) مدة ثم

(٢٠٧) في ق ٢: أو أكثر.

(٢٠٨) في ق ٢: ليس. وصحف في الأصل فكتب: ليست.

(٢٠٩) في ق ٢: يتبين.

(٢١٠) في ق ٢: تلحق.

(٢١١) في ق ٢: منها.

يظهر بها حمل فتريد أن تلحقه بزوجها فيما دون الخمسة الأعوام، فقيل ذلك لها وهو الذي في كتاب طلاق السنة من المدونة، وقيل ليس ذلك لها وتحد ولا يلحق الولد بالزوج إذا جاء من ذلك الأمر البين، مثل أن تعتدّ في الوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحيض حيضة وتقيم اثني عشر شهراً ونحوها لا حمل بها ثم تأتي بحمل وتزعم أنه من زوجها، وهو قول ابن دينار وعيسى عن ابن القاسم في المدنيَّة.

مسألة

وسئل سحنون عن رجل اشترى جارية فأولدها ثم استحقها رجل فدفعها إليه الذي أولدها، ثم اشتراها منه بعد ذلك، هل تكون الجارية عنده أم ولد أم لا حتى يولدها بعد الاستبراء(212)؟ فقال: إن كان دفعها إليه بقضاء قاض ثم استبرأها(213) فإنها لا تكون له أم ولد حتى يولدها فيما يستقبل، وإن كان دفعها إليه صلحاً منه على غير قضاء قاض ثم اشتراها فإنها تكون عنده أم ولد بملكه الأول حين أولدها [فيه](214).

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال، لأنها قد وجبت لها حرمة الإيلاد فوجب أن لا ينقض إلا بحكم حاكم لأنه يتهم على إبطال ما وجب لها من الحرمة بأن يصدق المستحق لها فيما ادعاه من الباطل ويعمل معه على أن يشتريها منه لينقض بذلك حرمتها، وذلك ما لا يجوز له، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الجارية تواضع للاستبراء فيذهب الثمن في أيام

(212) في ق ٢: الاشتراء.
(213) في ق ٢: اشتراها.
(214) إضافة من ق ٢.

الاستبراء وتخرج هي وبها عيب أو تموت، فقال: أشهب وابن القاسم يقولان إن أحب أخذها أخذها بالثمن التالف ولم يكن عليه غيره، وزعم غيرهما أن ذلك ليس له إلا أن يغرم الثمن، وقد قيل أيضاً إن البيع يفسخ، وذكر مالك أن الثمن من المبتاع.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة في أول رسم من سماع ابن القاسم [مستوفى][٢١٥] فلا معنى لإعادته مرة أخرى [هنا][٢١٦].

مسألة

قال سحنون بلغني أن مالكاً سئل فقيل له: إني ابتعت جارية بيع المسلمين وعهدتهم، ثم بعتها بالبراءة، فهل ترد عَلَيَّ هذا البيع؟ فقال: لا ترد عليه[٢١٧] ولكنني أكرهه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في أول رسم من سماع أشهب في أوله وآخره من كتاب العيوب فهو موضعها لمن أحب الوقوف عليها.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يشتري الجارية فيتواضعها[٢١٨] للاستبراء، فقال البائع: هَلُمَّ الثمن، فواضعه على يدي رجل، فقال مالك: ليس ذلك عليه، وإنما يدفع الثمن إذا وجبت له الجارية.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة متكررة في أول رسم من

(٢١٥) زيادة من ق ٢.
(٢١٦) إضافة من ق ٢.
(٢١٧) في ق ٢: عليك.
(٢١٨) في ق ٢: فيتواضعاها.

سماع ابن القاسم، ومضى هناك من القول عليها ما فيه كفاية لمن أحب الوقوف عليها(٢١٩).

مسألة

قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن الرجل يشتري الجارية من الرجل فيقول لبائعها أَحْبِسْها(٢٢٠) عندك حتى أعطيك الثمن أو كان البائع نفسه هو الذي أبى أن يدفعها إلى المبتاع حتى يقبض الثمن، ثم وطئها البائع فحملت منه، [فقال ابن القاسم: إذا كان البائع هو الذي احتبسها حتى يقبض الثمن ثم وطئها البائع فحملت منه](٢٢١) فلا حدّ عليه للشبهة التي فيها، ويأخذ المشتري جاريته ويكون على البائع قيمة الولد، وإن كان البائع هو الذي أمكنه منها فَأَقَرَّهَا مشتريها عنده فوطئها البائع بعد استبراء رحمها فأرى أن يُحد(٢٢٢) على كل حال، وهو رأيي، وإن كان لم يستبر(٢٢٣) رحمها وقد كان يطؤها رأيت أن يدرأ عنه الحد لأني لا أدري لعل هذا الحمل قد كان قبل ذلك الوطء، ورأيتها أم ولد له، ويعاقب عقوبة موجعة، ورواها أصبغ عن ابن القاسم، قال سحنون: وإن كانت من وَخْشِ الرقيق ومنعه البائع قبضها حتى يأتيه بالثمن فوطئها البائع فأولدها كانت له أم ولد لأن مصيبها كانت منه، وعتقه فيها جائز إذا احتبسها للثمن، وكذلك يقول جميع أصحابنا إن المصيبة منه إلا

---

(٢١٩) في ق ٢: عليه.
(٢٢٠) في ق ٢: احتبسها.
(٢٢١) ساقط من ق ٢.
(٢٢٢) في ق ٢: يحد. وهو الصواب، وحُرِّف في الأصل فكتب بالتاء.
(٢٢٣) في ق ٢: يستبرىء.

القاسم وحده كان يقول: هي من المشتري، وإن كان تركها عنده المبتاع على وجه الوديعة ولم يمنع من قبضها فإن الحدّ عليه، ولا يلحق به الولد لأن مصيبتها من المبتاع.

قال محمد بن رشد: تحصيل القول في هذه المسألة أن الأمة المبيعة إن بقيت بيد البائع فوطئها بعد البيع قبل الاستبراء وقد كان المبتاع ائتمنه على استبرائها وهي ممن تجب مواضعتها لرفعتها ولأن[٢٢٤] البائع كان يطؤها فإنها تكون أم ولد له[٢٢٥] ويبطل البيع، وإن كان وطؤه إياها بعد أن استبرأها بائتمان المبتاع له على استبرائها أو كانت من وَخْشِ الرقيق التي لا مواضعة فيهاوقد انتقد فإنه يحدّ ولا يلحق به الولد، وتكون الأمة وولدها للمبتاع، واختلف إن كان لم ينتقد فوطئها وهي عنده محبوسة بالثمن، فقال ابن القاسم: يدرأ عنه الحد بالشبهة ويأخذ المشتري جاريته ويكون على البائع قيمة الولد، وقال سحنون: تكون أم ولد له ويبطل البيع، وقد مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب العيوب تحصيل الاختلاف فيما تدخل به السلعة المبيعة في ضمان المبتاع كانت محبوسة بالثمن أو لم تكن، فلا معنى لإعادته [هنا][٢٢٦].

من سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم من كتاب الكراء والأقضية

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في أم ولد العبد[٢٢٧] تكون حاملاً إنها لا تباع لغرمائه حتى تضع ما في بطنها لأن ما في بطنها مال من مال سيده، ولا يجوز بيعها ولا استثناؤها[٢٢٨] وإن

(٢٢٤) في ق ٢: أو لأن.
(٢٢٥) زيادة من ق ٢.
(٢٢٦) إضافة من ق ٢.
(٢٢٧) في ق ٢: أم ولد العبد. وصحفت في الأصل فكتبت: الولد.
(٢٢٨) في ق ٢: استثناؤه.

العبد وإن لم يكن عليه دين إذا أذن له سيده في بيعها باعها وإن كانت حاملاً، وقال أصبغ: وقال: وإن علم السيد بالحمل أو لم يعلم إذا أذن له بالبيع منهما فهو إذن، وهو جائز، وهو البيع(٢٢٩).

قال محمد بن رشد: قوله إن أم ولد العبد إذا كانت لا تباع لغرمائه حتى تضع ما في بطنها يريد إلا بإذن السيد، وكذلك لا يبيعها هو في دينه إذا كانت حاملاً إلا بإذن سيده الذي الحمل له، لأن ولده من أمته ومن أم ولده ملك لسيده بمنزلة من لا ملك له، وإذا لم تكن حاملاً جاز له أن يبيعها في دينه بغير إذن سيده، قاله في المدونة، فإن فعل ثم ظهر أنها كانت حاملاً كان للسيد أن يفسخ البيع، قاله بعض شيوخ صقلية، وقال بعضهم ليس ذلك له لأن البيع وقع بأمر جائز فلا يرد، والبيع الأول هو الصحيح، لأن الحمل الذي ظهر بها ملك للسيد فلا يمضي بيعه في دين العبد إلا برضاه، فعلى هذا لا بد في بيعها من المواضعة رفيعة كانت أو وضيعة، لأنه متى ظهر بها حمل كان للسيد فسخ البيع، وعلى القول الثاني لا مواضعة فيها إلا أن تكون رفيعة، لأنه إذا لم يكن للسيد فسخ البيع إن ظهر بها حمل صار حكمها حكم من باع أمة لم يطأها لأن الحمل فيها عيب بها يكون المبتاع بالخيار بين أن يأخذ أو يرد، وليس له أن يبيعها في غير الدين إلا بإذن سيده، قاله في المدونة أيضاً، قيل مراعاة لقول من يقول إنها تكون أم ولد له إذا أعتق على أصل قول مالك في أن العبد إذا ملك ابنه لم يكن له أن يبيعه إلا بإذن سيده من أجل أنه يعتق عليه إن عتق، وقيل مخافة أن تكون حاملاً، والأول أظهر وهو الصحيح لأنه لا يبيعها حتى يستبريها، فإن(٢٣٠) باعها قبل أن يستبريها فلا بد فيها من المواضعة، فإن ألفيت حاملاً كان للسيد فسخ البيع، ألا ترى أنه يجوز له أن يبيع أمته وإن كان يطؤها دون إذن السيد، إذ لا بد فيها من المواضعة من أجل حق السيد في ولدها إن لم يسبرها قبل البيع، وإن أذن له

(٢٢٩) في ق ٢: البائع.
(٢٣٠) في ق ٢: وان.

السيد في أن يبيع أم ولده أو أمة له كان يطؤها جاز ذلك عليه ولزمه، وإن ظهر بها حمل لم يكن علم به على ما قاله أصبغ في هذه الرواية، والوجه في ذلك أنها محمولة على أنها حامل لأن جل النساء على الحمل كما قال مالك، فإذا أذن له في بيعها فقد ترك حقه في الولد للمشتري إن ظهر بها حمل، فإن ردها المشتري بعَيْبِ حَمْلِهَا فعلى القول بأن الرد بالعيب نَقْضُ بَيْعٍ يكون الولد للسيد على ما كان، وعلى القول بأنه ابتداءُ بيعٍ يكون الولد للعبد وتباع عليه في الدين، وإن لم يكن عليه دين لم يكن له أن يبيعه إلا بإذن سيده على ما قال في المدونة في العبد يشتري ولده، فإن باع أم ولده بغير إذن سيده مضى البيع ولم يرد، روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم، وهو صحيح، لأن مراعاة الخلاف إنما يكون في الابتداء دون الانتهاء، ولو باع ولده في غير الدين بغير إذن سيده لوجب أن يرد البيع إذ لا اختلاف في أنه يعتق عليه إذا أعتق.

مسألة

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يطأ الجارية ثم يبيعها فيطؤها المشتري في ذلك الطهر قبل أن يستبرئها فيظهر بها حمل فتموت قبل أن تضع ممن هي؟ قال ابن القاسم: إذا ظهر بها حمل ثم ماتت قبل أن تضع فمصيبتها من البائع، وسواء طَاوَلَهَا في ذلك حملها أو لم يُطَاوِلْهَا إذا ماتت قبل أن تضع، ويرجع المبتاع في ماله فيأخذه ويعاقبه في فعله إلا أن يعذر بالجهالة .

قلت: فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها المشتري؟ قال فمصيبتها أيضاً من البائع كان سقطاً أو تماماً أو حيّاً أو ميتاً، والولد ولده، وهي أم ولد له، فإن وضعته لستة أشهر من يوم وطئها المبتاع أو مقدار نقصانها بالأهلة فَصَاعِداً تقارب الوطآن (٢٣١) في ذلك أو لم يتقاربا أَوْ وطىء هذا اليوم وهذا غداً، فهي من

(٢٣١) في ق ٢: الوطآن. وكتب في الأصل: الواطتان.

المبتاع، وهي أم ولده والولد منه إذا وضعته سقطاً كان أو تماماً إذا كان ميتاً ولا أرى القافة في الأموات ولا أراهم يعرفون ذلك ولا أراهم. وإن وضعته حياً لستة أشهر من يوم وطىء الآخر فصاعداً دُعِيَ له القافة فمن ألحقوه به منهما أُلْحِقَ به وكان ولده ينسب[٢٣٢] إليه وكانت أمه أم ولد منه وعُوقِبَا إلا أن يُعْذَرا بالجهالة.

قلت: فإن قالت القافة اشتركا فيه ما يكون حالها؟ قال ابن القاسم: إذا قالت القافة اشتركا فيه عتقت عليهما جميعاً ساعتئذ مكانها، لأنهما قد اشتركا فيها جميعاً وفي ولدها، فصارت أم ولدهما جميعاً، فلا يحل وطؤها لواحد منهما بملك أبداً وإنما كان فيها الاستمتاع فقد انقطعت المتعة فيها عنهما فلا توقف عليهما وهي حرة ساعتئذ، وأما الولد فيترك حتى يبلغ فيوالي من شاء.

قلت: فإن مات الصبي قبل أن يبلغ فيوالي من شاء من يرثه؟ قال يرثانه جميعاً لأنهما جميعاً أبواه أبداً لشركتهما فيه حتى يبلغ فتتبع فيه قضية عمر بن الخطاب وسنته فيوالي من شاء فينسب إليه ويوارثه دون الآخر.

قلت: فإن مات الأبوان جميعاً قبل أن يبلغ؟ قال يوقف له ميراثه منهما جميعاً حتى يبلغ فيوالي من شاء منهما فيرثه وينتسب إليه دون الآخر ويرد ما وقف له من ميراث الآخر إلى ورثته.

قلت: فإن مات أحدهما قال كذلك [أيضاً][٢٣٣] يوقف له ميراثه منه حتى يبلغ، فإن وَالَى الميت أخذ ميراثه منه، وإن وَالَى الحي ردّ ميراث الميت إلى ورثته.

---

(٢٣٢) في ق ٢: ينتسب.

(٢٣٣) ساقط من ق ٢.

قلت: فإن مات الصبي بعد موت أحدهما وقد وقف له ميراثه منه والأب الآخر حي؟ قال فميراث الصبي للأب الباقي، وليس للأب الميت ولا لورثته منه شيء، ويرد ما كان وقف للصبي من ميراث الأب الميت إلى ورثـة الميت، ولا يجب للصبي بموته حتى يرثه الأب الباقي، فيكون هذا الحي قد ورث الميت الأول، فهذا لا يكون، ولو رأيت أن ميراث الأول يجب للصبي إذا مات لأدخلت ورثة الميت الأول مع الأب الباقي في ميراث الصبي فورثوه جميعاً فهذا ليس بشيء، هذا والذي لا شك فيه أن ميراث الصبي إذا مات بعد موت أحدهما للباقي وحده لا شرك معه فيه لأحد إلا الأم وحدها.

قلت: أرأيت إن مات الأبوان جميعاً ثم مات الصبي؟ قال ابن القاسم: إذا ماتا جميعاً فوقف له ميراثه منهما جميعاً حتى يبلغ الصبي، فإن مات قبل أن يبلغ رد ميراثهما إلى من ورثهما دونه ولم يجب للصبي منه شيء بموته بمنزلة موته بعد موت أحدهما وكان ميراث الصبي لمن يرثه من قبل الأبوين جميعاً لأقعد الناس به من ورثتهما جميعاً لكل قوم نصف الميراث في رأيي يقتسمونه على الفرائض على قُعْدُدِهم بالصبي على سهام الميراث بينهم.

قيل لعيسى بن دينار: فمن ينفق على هذا الصبي ويكسوه حتى يبلغ حد الموالاة؟ فقال الأبوان جميعاً. قيل له: فإذا بلغ فَوالَى أحدهما هل يغرم لصاحبه الذي لم يواله ما أنفق عليه؟ قال: لا.

قال أصبغ: النفقة على المشتري حتى يبلغ، فإن والاه فبسبيل ذلك، وإن وَالَى البائع رجع عليه بالنفقة.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في أول هذه المسألة إن الرجل إذاوطىء الجارية ثم باعها فوطئها المشتري في ذلك الطهر قبل الاستبراء فظهر

بها حمل فماتت قبل أن تضع إن مصيبتها من البائع طاولها حملها أو لم يطاولها ويرجع المبتاع في ماله فيأخذه معناه ما بينه وبين ما يلحق به الأنساب لأن الحمل إن تطاول بها أكثر من خمسة أعوام ثم ماتت فمصيبتها من المبتاع إذ قد علم أن الحمل ليس من البائع، وكذلك إن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها المشتري حيّاً أو ميتاً تامّاً أو ناقصاً فمصيبتها من البائع أيضاً، والولد ولده، وهي أم ولده، لأنه إن كانت وضعته تامّاً حيّاً أو ميتاً فالمشتري بريء منه، إذ لا يكون الحمل أقل من ستة أشهر، وإن كانت وضعته ناقصاً وأمكن أن يكون من المشتري فهو محمول على أنه من البائع لأنه باعها ورحمها مشغول بمائه فالولد له، وهي باقية على ضمانه حتى يعلم خلاف ذلك، وأما إن وضعته لستة أشهر أو مقدار ما ينقص بالأهلة من يوم وطئها المبتاع إن افترق وطؤها تقارب الوطآن(٢٣٤) أو لم يتقاربا أو من يوم وطِآها إن كان وطؤهما إياها في يوم واحد، وهو ميت أو سقط، فقال في الرواية إنها من المبتاع، والولد منه، وهي أم ولد له، وقال يحيى بن سعيد في المدونة إنها تعتق عليهما جميعاً، والأظهر أن يحمل الولد على أنه من البائع، وتكون الأمة أم ولد له لأنه باعها وماؤه فيها، فالضمان منه لا ينتقل عنه إلا بيقين، وليس وضعها إياه لستة أشهر مما يحقق أنه من المشتري، وأما إن وضعته حياً لستة أشهر أو مقدار نقصها(٢٣٥) بالأهلة فتدعى له القافة، وقد قيل إنه لا تدعى(٢٣٦) [له](٢٣٧) القافة إلا أن تضعه لستة أشهر كاملة فأكثر، فإن نقص من ذلك يسيراً أو أكثر فهو من البائع، والأَشْبَهُ أن لا يعتبر نقصان اليوم واليومين في ستة أشهر، ألا ترى لو تزوج رجل امرأة فأتت بولد بعد دخوله بها بستة أشهر إلا يوماً أو يومين لم يصح أن تُحَدَّ.

---

(٢٣٤) في ق ٢: الوطآن. وصحف كذلك في الأصل فكتب الواطئان.

(٢٣٥) في ق ٢: نقصانها.

(٢٣٦) في ق ٢: يدعى.

(٢٣٧) ساقط من ق ٢.

وتحصيل القول في هذه المسألة أن المشتري إذ وطىء الأمة التي اشتراها قبل الاستبراء فحملت وماتت قبل أن تضع فمصيبتها منه إلا أن يكون البائع يطؤها إلى أن باعها فتكون مصيبتها منه وينقض البيع، فإن لم تمت ووضعته لأقل من ستة أشهر والبائع يطأ فالولد ولده والأمة أم ولده، سقطاً كان الولد أو تماماً، حياً كان أو ميتاً، وإن لم يكن البائع يطأ فالولد ولد الأمة لا أب له، والمشتري بالخيار إن شاء أن يأخذ وإن شاء ردّ إلا أن تكون وضعته سقطاً يشبه أن يكون من المشتري، فيكون منه وتكون الأمة أم ولد له، وإن وضعته لستة أشهر فأكثر والبائع يطأ وولدته حياً دعي له القافة، فمن ألحقوه به منهما ألحق به، وكانت الأمة أم ولد له، إلا أن يدعيا الولد جميعاً فتعتق الأمة عليهما ويرجع المشتري بنصف الثمن على البائع. واختلف إن وضعته ميتاً أو سقطاً، فقال ابن القاسم في هذه الرواية إنه من المبتاع، وإن الأمة أم ولد له، وقال يحيى بن سعيد في المدونة تعتق عليهما جميعاً، والأظهر أن يلحق الولد بالبائع وتكون الأمة أم ولد له، وقد قيل إنه يلحق بالبائع وتكون الأمة أم ولد له وإن ولدته حيّاً ولا تدعى له القافة، لأن فراش الأول صحيح وفراش الثاني فاسد، وقد قال ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ ٱلْحَجَرُ»(٢٣٨) وقد أجمعوا لهذا الحديث أن الزوجين إذا وطآ المرأة في طهر واحد أن الولد للأول وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر لصحة فراشه، ولا فرق بين الموضعين في القياس. وإن لم يكن البائع يطأ فالأمة أم ولد للمبتاع وولدها لاحقٌ به، وقد مضى في أول نوازل سحنون القول مستوفى في الحكم في ميراثه منهما وميراثهما منه إذا أتت به حياً لأكثر من ستة أشهر وقالت القافة إنهما اشتركا فيه في الجارية بين الشريكين، ولا فرق في هذا بين المسألتين، فلا معنى لإعادة القول في ذلك، وأما كسوته والنفقة عليه إلى أن يبلغ حد الموالاة إذا قالت القافة إنهما اشتركا فيه فقول عيسى بن دينار انهما ينفقان عليه جميعاً، فإذا مات أحدهما أنفق على الصبي مما وقف له من ميراثه منه نصف نفقته ونصفها على الحي، وقيل لا

(٢٣٨) تقدم تخريجه.

ينفق عليه منه لأنه إنما يأخذه بعد الموالاة وهو الذي يأتي أيضاً على قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح في العبد الذي يدعيه الرجلان فيوقف إن النفقة عليهما جميعاً، وهذا إذا ادعياه جميعاً أو أنكراه جميعاً أو لم يدعه واحد منهما ولا أنكره وقال لا أدري إن كان لي أم لا، وأما إن ادعاه أحدهما وأنكره الآخر فالذي يأتي على مذهب من قال بالموالاة ولم يعمل قول القافة إنهما اشتركا فيه أن تكون النفقة على الذي يدعيه منهما إلى أن يبلغ حد الموالاة فيوالي من أحب منهما فيلحق به،وإن كان الذي أنكره فتكون النفقة عليه من حينئذ،وأما على مذهب من أعمل قول القافة إنهما اشتركا فيه ورأى[٢٣٩] أنه يصح أن يكون علوق المرأة بالولد من الرجلين ولم يقل بالموالاة فالنفقة عليهما جميعاً وإن كان أحدهما مُقِرّاً به والآخر منكراً له. وقول عيسى إنه لا يرجع الذي لم يواله على الذي والاه بشيء من النفقة بخلاف المدعيين[٢٤٠] في العبد يوقف فينفقان عليه جميعاً ثم يقضى به لأحدهما، ووجهه[٢٤١] أن القضاء بالموالاة ليس بأمر متفق عليه، وإنما هو استحسان على غير قياس، واتباع لما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في ذلك. وأما قول أصبغ إن النفقة على المشتري حتى يبلغ فإن والاه فبسبيل ذلك، وإن والى البائع رجع عليه بالنفقة، فقاله على أصله في العبد يدعيه الرجل فيوقف بما يجب توقيفه به أن النفقة على الذي هو بيده حتى يقضى به للطالب، فإن قضي له به رجع عليه بالنفقة، ولو قيل في هذه المسألة إن النفقة على البائع ما لم يوال المشتري فيحكم بإلحاقه به مراعاة لقول من قال إن الولد يلحق بالبائع على كل حال لصحة فراشه ولا يدعى للولد القافة على ما تقدم لكان أشبه من قول أصبغ.

مسألة

قيل لأصبغ: فلو أنهم ثلاثة نفر وطِئُوها في طهر واحد: حر

(٢٣٩) في ق ٢: ورأى. وصحف في الأصل فكتب: وروي.

(٢٤٠) في المخطوطات: المدعين، وهو تصحيف.

(٢٤١) في ق ٢: وجهه.

مسلم، وعبد، ونصراني فحملت الأمة، والأمة مسلمة؟ فقال: إن قالت القافة اشتركوا فيها فإنها تعتق على المسلم والنصراني ولا تعتق على العبد، ويكون للعبد قيمة نصيبه عليهما جميعاً، وإنما ألزمنا النصراني العتق لأنه حكم وقع بين مسلم ونصراني، ولو كانت الأمة نصرانية عتق جميعها على الحر المسلم، وقوّم عليه نصيب العبد والنصراني.

قال محمد بن رشد: قد تقدم قول أصبغ هذا في آخر أول مسألة من نوازل سحنون، ومضى من الكلام عليه ما فيه كفاية.

مسألة

قلت لأصبغ: أرأيت إن قالت القافة ليس هو لواحد منهما ما حال الولد وأمه؟ هل يكونان مملوكين؟ وكيف إن ادعاه أحدهم والمسألة على وجهها؟ قال أصبغ: أما الذي أنكرته القافة فأرى أن يدفع إلى قافة بعد قافة وتطلب[٢٤٢] له القافات حتى تجتهد[٢٤٣] في ذلك فَرُبَّ قافةٍ أبصر من قافة وقافة فوق قافة حتى إذا استكمل واستوى كلام القافات، رأيت إن كان الآباء مقرين جميعاً كما ذكرت بالوطء في طهر واحد أن يحمل محمل الاشتراك، فيوالي من شاء وتكون أمه تبعاً له، ادعياه أو لم يدعياه، فإذا[٢٤٤] أقروا بالوطء في الطهر الواحد كان[٢٤٥] الوضع لستة أشهر فصاعداً إن شاء الله، ولا يبطل نسبه هكذا وهما مقران به وثَمَّ لهما فراشان، وأما ما ذكرت

(٢٤٢) في ق ٢: يطلب.

(٢٤٣) في ق ٢: يجتهد.

(٢٤٤) في ق ٢: (إذا) بدون الفاء.

(٢٤٥) في ق ٢: (وكان) مع الواو.

من دعوى أحدهما إياه وإنكار الآخر فإن صح الوطء عليهما في الطهر الواحد المقارب الذي لا يمكن الخروج لأحدهما منه في ولادته قبل وقته كشف منكر الولد عن وطئه الذي أقر به، فإن كان في صفته ما يمكن فيه الإنزال لم ألتفت إلى إنكاره وجعلته كالأول كأنهما اشتركا فيه، وإن لم يكن في صفة وطئه وإقراره ما يمكن ذلك وكان يدعي الخلسة بالعزل من الوطء الذي أقر به فإنّي أستحسن ههنا أن أجعله للآخر وأُبَوِّتَه (٢٤٦) منه استحساناً، والقياس أن يكونا سواء، فَلَعلَّهُ غلب ولا يدري وقد قال عمرو بن العاص في نحو هذا: إنَّ الْوِكَاءَ يَنْفَلِتُ، والاستحسان في العلم يكون أغلب من القياس، وقد سمعت ابن القاسم يقول ويروي عن مالك أنه قال: تسعة أعشار العلم الاستحسان. قال سحنون: إذا قالت القافة ليس لواحد منهما دعي لهما أيضاً آخرون [ثم آخرون] (٢٤٧)، فإن قالوا ليس الولد لواحد منهما فإنه يدعى أبداً غيرهم، لأن القافة إنما دعيت لتلحق الولد وليس لتنفيه، وهو قول ربيعة ومالك.

قال محمد بن رشد: ما قاله أصبغ وسحنون من أن القافة إذا قالت في الولد إنه ليس لواحد منهما لا يحكم بقولها في ذلك وينفى الولد عنهما، بل يدعى لهما آخرون وآخرون(٢٤٨)، فإن اتفقوا على أنه ليس لواحد منهما حمل محمل الاشتراك صحيح لا اختلاف فيه من أجل أن الشرع قد أحكم(٢٤٩) أن الولد للفراش فلا يقبل قول القافة في نفيه عن الفراش إلى غير فراش، وإنما يؤخذ بقولها في إلحاق الولد بأحد الواطئين في طهر واحد من ملك اليمين بوجه

---

(٢٤٦) في الأصل: وأبويه، وهو تصحيف، وفي ق ٢: أُبَوِّتُه مشكولا كذلك بالقلم.
(٢٤٧) زيادة من ق ٢.
(٢٤٨) في ق ٢: ثم آخرون.
(٢٤٩) كذا.

شبهة دون صاحبه لأنها لم تخرج الولد بذلك عن فراش إلى غير فراش، وإنما حكمت به لأحد الفراشين لأن واطىء الأمة غير الزوجة بشبهة يسقط عنه الحد في وطئه، مثل أن يطأ أمة ابنه أو أمة له فيها شرك أو أمة لا شرك له فيها ألا أنها مُحَرَّمَةٌ عليه بنسب أو رضاع أو ما أشبه ذلك في حكم من وطىء ما يَحِلُّ له مما ملكت يمينه في وجوب إلحاق الولد به، فإذا اجتمع الرجلان على الأمةِ فوطآها في طهر واحد بوجه شبهة وهي لا تحلُّ لواحد منهما، أو كانت تحلُّ لأحدهما بالملك ووطئها الآخر بوجه شبهة فأتت بولد مما يمكن أن يكون لكل واحد منهما وجب أن تدعى لها القافة فيلحق الولد بمن ألحقوه به منهما كانا مقرين بالولد ومدعنين له أو منكرين له، أو أحدهما مُقِرّاً به ومُدَّعِياً له، والثاني منكراً له، وسواء أقرا بالوطء والإنزال أو أقرا بالوطء وَادَّعَيَا ٱلْعَزْلَ أو ادعاه أحدهما، لأَنَّ ٱلْوِكَاءَ قَدْ يَنْفَلِتُ كما قال عمرو بن العاص بدليل قوله عليه السلام في حديث أبي سعيد الخدري في العزل: «مَا عَلَيْكُمْ أَلَّا تَفْعَلُوا، مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَائِنَةٍ» الحديث(٢٥٠) إلا أن يدعي أحدهما الولد وهو يُنْزِلُ، وينكره الآخر وهو يَعْزِلُ، فقال أصبغ ها هنا إن الولد يلحق بالذي يدعيه استحساناً على غير مقتضى القياس، وقال إن الاستحسان قد يكون أغلب من القياس، وحكى عن ابن القاسم روايته(٢٥١) عن مالك أنهما قالا: تسعة أعشار العلم الاستحسان، والاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعمّ من القياس هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غُلُوٍ في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم فيختص(٢٥٢) به ذلك الموضع كنّحو قول أصبغ في هذه المسألة، لأنه إذا كان الأصل بدليل الحديث أن من وطىء أمته فعزل عنها وأتت بولد يلحق به وإن كان منكراً له وجب على قياس ذلك إذا كانت أمة بين رجلين فوطآها جميعاً في طهر واحد وعزل

---

(٢٥٠) تقدم تخريجه.

(٢٥١) في ق ٢: (وروايته) مع الواو.

(٢٥٢) في ق ٢: (يختص) بدون الفاء.

أحدهما عنها(٢٥٣) فأنكر الولد وادعاه الآخر الذي لم يعزل عنها أن يكون الحكم في ذلك بمنزلته(٢٥٤) إذا كانا جميعاً يَعْزِلَانِ أَوْ يُنْزِلان(٢٥٥) والاستحسان كما قال أن يلحق الولد بالذي ادّعاه وأقر أنه كان يُنْزِلُ ويبرأ منه الذي [كان](٢٥٦) أنكره وادّعى أنه كان يعزل، لأن الولد يكون مع الإنزال غالباً ولا يكون مع العزل إلاّ نادراً، فيغلب على الظن أن الولد إنما هو للذي ادعاه وكان يُنْزِلُ لا للذي أنكره وهو يعزل، والحكم بغلبة الظن أصل في الأحكام، وله في هذا الحكم تأثير، فوجب أن يصار إليه استحساناً كما قال أصبغ. ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب، من ذلك قولهم إن الماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة ولم تغير أحد أوصافه إنه لا يتوضأ به ويتيمم ويتركه، فإن توضأ به وصلى لم يُعِدْ إلا في الوقت مراعاة لقول من رآه(٢٥٧) طاهراً ويبيح الوضوء به ابتداء، وكان القياس على أصل قولهم أن يُعِيدَ أبداً إذا لم يتوضأ إلا بما يصح له تركه إلى التيمم؛ ومن ذلك قولهم في النكاح الفاسد الذي يجب فسخه ولم يتفق على فساده إنه يفسخ بطلاق، وإنه يكون فيه الميراث، ويلزمه فيه الطلاق، وهذا المعنى أكثر من أن يحصى وأشهر من أن يجهل أو يخفى. وأما العدول عن مقتضى القياس في موضع من المواضع استحساناً لمعنى لا تأثير له في الحكم فهو مما لا يجوز بإجماع لأنه من الحكم بالهوى المحرم بنص التنزيل، قال عَزّ وجلّ: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ الآية. والحمد لله رب العالمين كثيراً كما هو أهله، والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

---

(٢٥٣) زيادة من ق ٢.

(٢٥٤) في ق ٢: (بمنزلة) بدون الضمير.

(٢٥٥) في ق ٢: وينزلان.

(٢٥٦) ساقط من ق ٢.

(٢٥٧) في ق ٢: يراه.

كتاب التجارة إلى أرض الحرب

من سماع ابن القاسم من مالك من كتاب قطع الشجر

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن مالك أنه قيل له: أرأيت قوله تعالى: ﴿ فإنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾(١) ليس في هذا ذكر دية فقال: إنما كان ذلك في حرب رسول الله ﷺ أهل مكة يكون فيهم رجل مؤمن لم يهاجر وأقام معهم فيصيبه المسلمون خطأً فليس عليهم دية لأنه يقول جل وعز: ﴿ وَٱلَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَالَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا ﴾(٢)، وأما قوله: ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ ﴾(٣) فإنما ذلك في الهدنة التي كانت(٤) بين النبي عليه السلام وبين المشركين أنه إن أصيب مسلم كان بين أظهرهم خطأً لم يهاجر فإن ديته على المسلمين يؤدونها إلى قومه الذين كان(٥) بين أظهرهم الكفار، ومما يبين ذلك أن أبا جندل ورجلاً آخر أتيا النبي عليه

(١) الآية ٩٢ من النساء.
(٢) الآية ٧٢ من الأنفال.
(٣) الآية ٩٢ من النساء.
(٤) في الأصل: كان.
(٥) في ق ١: كانوا.

السلام في الهدنة مُسْلِمَيْن فرده رسول الله ﷺ إليهم، فكما كان لهم أن يردوه إليهم فكذلك كانت ديته لهم لو قتل خطأ، ومما يبين ذلك قول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾ الآية(٦)، يقول: إن حبسوا عنكم مَهْراً كان لكم قِبَلَهُمْ ثم عاقبتموهم فحبستم عنهم مَهْراً كان لهم قِبَلَكم مثل ما صنعوا ﴿ فَآتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ ﴾ فادفعوا إلى هذا المسلم ما كان أنفق على امرأته التي هربت منه إلى الكفر، وذلك قوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَاقَبْتُمْ فَآتُوا الَّذِينَ ذَهَبَت أَزْوَاجُهُمْ ﴾(٧) الآية، فكان الذي بين النبي عليه السلام وبينهم ميثاق وهدنة في أشياء اصطلحوا عليها، منها أن يرد [إليهم](٨) إلى الكفار من جاء إلى النبي مسلماً من الرجال في الهدنة، وكان من حكم الله أن جاءت امرأة منهم ترغب في الإسلام لم يرجعها إليهم، وكان عليها أن تعطي زوجها الكافر ما كان ساق لها من مَهْر، وإن فاتت منا امرأة إليهم كان عليهم أن يعطونا مثل ما أنفق عليها زوجها وذلك قوله تعالى: ﴿ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكم حُكْمُ اللهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ(٩) وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ ﴾(١٠)، وحرم على المسلمين فروج أولئك الكوافر ومنعنا أن نرجع المسلمة منا إليهم لا يستحلها الكافر، وحرمت على زوجها الكافر وعلى غيره من الكفار، فمن هنالك اتبعوا بالمَهْرِ واتبعناهم بالمهْرِ، وذلك قوله عز وجل: ﴿ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا

(٦) الآية ١٢٦ من النحل.
(٧) الآية ١١ من سورة الممتحنة.
(٨) ساقط من ق ١.
(٩) الآية ١٠ من سورة الممتحنة.
(١٠) الآية ١٠ من سورة الممتحنة.

أَنْفَقُوا ﴾(١١)، فأمّا الرجال في الهدنة فإنهم كانوا يردون إليهم. فكما كان يرد إليهم الرجال في الهدنة ومهور النساء في الهدنة وغير الهدنة فكذلك كانت لهم دية مؤمن قتل بين أظهرهم خطأ ممن أسلم ولم يخرج من عندهم حتى كانت الهدنة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة سأل ابن القاسم مالكاً في أولها عن المعنى الذي من أجلها(١٢) سقطت الدية في المؤمن المقتول خطأ إذا كان بين قومه الكفار، إذ قال الله عز وجل: ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾(١٣) وَلَمْ يَذْكُرْ فِي ذلك دية، يريد دية لجماعة المسلمين الذين يرثونه على الحكم في أن دية الخطأ تكون لورثة المقتول فَأَعْلَمَهُ أن الآية منسوخة، يريد بقوله عز وجل: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ ﴾(١٤)، وأن ذلك إنما كان في أول الإسلام حين كانت الهجرة مفترضة وكان الميراث منقطعاً بين من هاجر وبين من آمن ولم يهاجر، لقوله عز وجل: ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا ﴾(١٥) ولما أكمل جوابه عما سأله عنه تكلم على بقية الآية فقال: وأما قوله: ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ ﴾ الآية، فإنما ذلك في الهدنة التي كانت بين النبي عليه السلام وبين المشركين أنه أصيب مسلم كان بين أظهرهم بها قوله فبين مذهبه في أن مُرَادَ الله تعالى بقوله: ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ ﴾ أي: وإن كان المؤمن من قوم بينكم وبينهم ميثاق واحتجّ بذلك بما قاله من أن ذلك إنما كان في الهدنة التي كانت بين النبي عليه السلام وبين المشركين على ذلك وعلى أن يرد إليهم من جاء من عندهم مسلماً، فكانت لهم

---

(١١) تقدم تخريجه.
(١٢) كذا بالأصل وفي ق ١: من أجله.
(١٣) سبق تخريجه.
(١٤) الآية ٧٥ من الأنفال.
(١٥) تقدم تخريجه.

دية من قتل منهم من المسلمين، كما كان لهم أن يردوا إليهم بالشرط الذي شرطوه، وهو اعتبار صحيح، لأن إعطاءهم دية المسلم المقتول أيسر من رده إليهم، ولعلهم يقتلونه على إسلامه أو يفتنونه عن دينه، وقصده بهذا الاحتجاج الردُّ على أهل العراق فيما يذهبون إليه من أن مراد الله تعالى بقوله: ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ ﴾ أي: وإن كان كافر من قوم بينكم وبينهم ميثاق من الكفار فدية مُسلَّمَة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة، لأنهم يجعلون ذلك حجة لما يذهبون إليه من أن المسلم يقتل بالكافر، فيقولون: قد أوجب الله في قتل الكفار خطأ الدية والكفارة، فلما تساوى المسلم والكافر في القتل خطأ في وجوب الدية والكفارة وجب أن يتساويا في القتل عمداً في وجوب القصاص، وحجة مالك صحيحة، وقوله في تأويل الآية أصح، لأنه ظاهر التلاوة، إذ نص في أولها على المؤمن، ثم قال في آخرها: وإن كان، فكان الظاهر من قوله أنه أراد وإن كان المؤمن المذكور أولاً لا أنه ابتدأ كلاماً آخر بحكم كافر لم يتقدم له ذكر، فلا يوجب الكفارة في قتل الكافر خطأ وإنما يستحبها مراعاة للخلاف، وحجته في أن المؤمن لا يقتل بالكافر قوله عليه السلام: ﴿ لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ بِكَافِرٍ ﴾(١٦) يريد ولا يقتل أيضاً ذو عهد إذا عوهد. ويحمل أهل العراق الحديث على أن فيه تقديماً وتأخيراً فيقولون معنى لا يقتل مسلم ولا ذو عهد في عهده بكافر أي بكافر حَرْبِيٍّ عندهم ليس بمعاهد، وقولهم بعيد لوجهين: أحدهما أن التقديم والتأخير مجاز، وحمل الحديث على المجاز لا يصح مع إمكان حمله على الحقيقة، والثاني: أن الإخبار بأن المسلم والْمُعَاهَدَ لا يقتلان بالحَرْبِيِّ لا فائدة فيه، إذ قد تقرر علم وجوب قتله وما في ذلك من عظيم الأجر، فكيف يشكل على أحد ارتفاع القصاص في ذلك حتى يحتاج النبي عليه السلام إلى الإخبار بذلك. وأمّا قوله في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ إن المعنى في ذلك، إن حبسوا عنكم مَهْراً كان لكم قِبَلَهُمْ ثم عاقبتموهم فحبستم عنهم مَهْراً كان لهم

(١٦) هو عند أبي داوود والنسائي وابن ماجه، وفي مسند ابن حنبل.

قِبَلَكُمْ مثل ما صنعوا ﴿ فَآتُوا الذِينَ ذَهَبتْ أَزْوَاجُهُم مِثْلَ مَا أَنْفَقُوا ﴾ أي فادفعوا إلى هذا المسلم ما كان أنفق على امرأته، وأن ذلك مثل قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ ﴾ الآية، فليس بيِّن، إذ ليس في معاقبتهم بحبس مهرهم عنهم ما يؤدون منهم مهورهم قال عزّ وجل: ﴿ وَآسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنْفَقُوا ﴾ ثم قال بعد ذلك ما معناه فإن سألتم فلم تعطوا فآتوه مما تغنمون.

قال مسـروق: وكذلك إن ذهبت إلى غير ذي عهد يعطى زوجها المَهْرَ من الغنائم، وذلك كله منسوخ بما نزل في براءة من فسخ العهود التي كانت بين النبي عليه السلام وبين المشركين، وقد روي أن قوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾، نزل في حمزة بن عبد المطلب رضوان الله عليه حين استشهد ومثل به، فأقسم النبي عليه السلام أن يمثل بجماعة من الكفار، فالآية دالة بحملها على عمومها دون أن تقصر على ما روي من سببها على أنه لا يجب أن يعاقب المرء إلا بمثل ما اجترم من القتل أو الجراح وأخذ المال وأنه لا يجب أن يعاقب الكفار في حبسهم المهور الواجبة عليهم إلا بأن يحبس عنهم المهور الواجبة لهم، وأما أن يجعل حبس المهور عنهم شرطاً في دفع مهور أزواج المسلمين كما قال مالك في الرواية، فإنه بعيد. وقوله: فكان الذي بين النبي عليه السلام وبينهم ميثاق وهدنة في أشياء اصطلحوا عليها منها أن يرد إليهم من الكفار من جاء إلى النبي عليه السلام من الرجال في الهدنة، وكان من حكم الله إن جاءت امرأة منهم ترغب في الإسلام لم يرجعها إليهم يدل على أن حكم الله تعالى الوارد في سورة الممتحنة بأن لا يرجعن إليهم مطابق لما صالحهم النبي عليه السلام من إن يرد إليهم من جاءه من عندهم مسلماً من الرجال، وقد اختلف في ذلك فقيل: إن الصلح وقع على أن يرد إليهم من جاءه من عندهم مسلماً من الرجال والنساء، ففسخ الله من الشرط في النساء ونسخه، فكان ذلك نسخاً للسنة بالقرآن. ومن الدليل على هذا ما روي من أن النبي عليه السلام لما تَمَّ صلحه مع أهل مكة بالحُدَيْبِية وختم الكتاب الذي فيه العهد جاءته سبيعة بنت الحارث مسلمةً وجاء زوجها

فقال: يا محمد ردها عليّ فإن ذلك في شرطنا عليك وهذه طينة كتابنا لم تجف، فنزلت: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾(١٧) الآيات، فلم يردها عليهم، وأعطاه مَهْرَهُ، ولا يوجد في شيء من الآثار أن الشرط وقع نصاً على أن يردّ إليهم الرجال والنساء ولا على أن يرد عليهم الرجال دون النساء، فيحتمل أن يكون الشرط وقع على أن يرد إليهم من جاء منهم مسلماً، وأراد النبي عليه السلام بذلك الرجال دون النساء، وأراد به المشركون الرجال والنساء، فلما قدمت سبيعة مسلمة طلبها زوجها واحتج بظاهر ما في الكتاب، فمنع الله عز وجل من رد النساء على ما يوجبه ظاهر اللفظ، وأقرَّ الحكم على ما أراده النبي عليه السلام من أن لا يرد إليهم إلا الرجال، إذ لم ينص فيه على رد النساء، وزاد فيه أن يعطوا مهور من قدم من عندهم من النساء، ويسألوا مهور من مضى إليهم من نساء المسلمين، فقال تعالى: ﴿وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنْفَقُوا﴾ الآية، فعلى هذا يصح ما روي في هذا المعنى، ويرتفع الخلاف، ويكون معنى قول مالك: إن الصلح وقع على أن يرد إليهم من جاء من عندهم مسلماً من الرجال على ما أراده النبي عليه السلام ونواه، لا على أن ذلك كان صريحاً في الصلح، إذ لو كان صريحاً فيه لم يقل زوج سبيعة ما قال، والله أعلم بحقيقة ذلك كيف كان. وقوله في آخر المسألة: فكما كان يرد إليهم الرجال في الهدنة ومهور النساء في الهدنة وغير الهدنة غلط في الرواية، لأن المهور إنما كانت ترد في الهدنة على ما ذكرناه من حكم الله بذلك لا في غير الهدنة، وقد رأيت لابن دحون أنه قال: قوله وغير الهدنة ليس بمستقيم لأن ردَّ الصَّدُقَاتِ التي أخذ النساء المهاجرات من أزواجهن لم يكن إلا في الهدنة خاصة، بذلك وقعت الهدنة بينهم أن يرد المسلمون صَدُقات من أتاهم من النساء مسلمات إلى الكفار، ويرد الكفار صَدُقات من أتاهم من النساء مُرْتَدَّاتٍ إلى المسلمين، وليس قوله بصحيح، إذا لو وقعت الهدنة بينهم على ذلك لما طلب زوج سبيعة ردها بما في كتاب الصلح، وإنما كانت المطالبات

---

(١٧) الآية ١٠ من سورة الممتحنة.

بينهم بالمهور بحكم الله على ما ذكرناه لا بالشرط، والله أعلم، وهو الموفق بفضله.

ومن كتاب حلف الا يبيع سلعة سماها

وسئل مالك عن قوم من تجار العدُوِّ يأتون المسلمين وقد تقدم إليهم ألا ينزلوا إلا بموضع مسمى لهم فيأتون دونه فينزلون بالموضع، فيريدون أن يستقوا الماء فيمنعون من ذلك حتى يقاتلوا فقال: إذا منعوا كيف يبلغوا؟[١٨] ما أرى أن يقاتلوا، هذه أمور مشكلة، وإنه ليقال: لا يهرق دماً[١٩] أو لا يهراق دم إلاّ عن أمر يستبين صحته، فلا أحب لأحد أن يقاتل في مثل هذا ولا يقتل أحداً.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن منعهم من استقاء الماء منع لهم من النزول في الموضع الذي أُذِنَ لهم بالنزول فيه، إذ لا يستغنون في موضع نزولهم عن الماء، وقد قال ﷺ: «لاَ يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الكَلأَ»[٢٠]، فنهى عن منع فضل الماء لما فيه من منع الكلأ فكذلك هذه المسألة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن الرجل يبتاع من رقيق العجم من السودان والصقالبة فيريد بيعهم من النصارى قبل أن يسلموا، قال: ما أعلمه حَرَاماً، ولا يعجبني أن يفعله أحد، إن كانوا صغاراً فلا يجوز بيعهم من اليهود والنصارى، وإن بِيعُوا منهم فسخ بَيْعُهُم، وإن كانوا كباراً فلا بأس ببيعهم منهم، وإنما فرق بين الصغار والكبار أن

---

(١٨) كذا.

(١٩) كذا.

(٢٠) أنظر فيه الصحاح الستة ومسند ابن حنبل.

الصغار يجبرون على الإسلام وأن الكبار لا يجبرون،هكذا سمعت.

قال محمد بن رشد: قوله: وإن بيعوا منهم فُسخ بيعهم، أمر مختلف فيه، فما ها هنا خلاف ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة وما في سماع يحيى بعد هذا من كتاب السلطان لأشهب من أنهم يباعون عليه ولا يفسخ البيع، ومثل قول سحنون في نوازله من كتاب جامع العيوب وما في كتاب المديان والشفعة من المدونة، وابن الماجشون يرى أن البيع في ذلك لا ينعقد، فعلى قوله إن ماتوا في يده قبل أن يفسخ البيع كانت مصيبتهم من البائع، وإن أعتقهم أو باعهم من مسلم لم ينفذ شيء من ذلك، وتفرقته في جبرهم على الإسلام بين أن يكونوا صغاراً أو كباراً خلاف ظاهر ما في سماع أصبغ بعد هذا، وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في هذا الرسم من هذا السماع من كتاب الجنائز وفي أول سماع أصبغ من كتاب الصلاة، فمن أحب الوقوف على الشفاء من ذلك تأمله هناك، وبالله التوفيق لا رب غيره، والحمد لله كثيراً.

ومن كتاب أوله حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان

قال: وسئل مالك عن الديباج يباع من الروم، قال: إن كانوا لا يتخذونه عدة للقتال فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال في المدونة وغيرها، وهو مما لا اختلاف فيه أنه لا يجوز أن يباعوا شيئاً مما يستعينون به في حروبهم على المسلمين من ثياب ولا صفر ولا حرير ولا شيء من الأشياء، وإنما يجوز أن يباع منهم من العروض ما لا يتقوى به في الحروب ولا يرهب به في القتال من الكسوة ما يقي الحر والبرد، ومن الطعام ما لا يتقوت به مثل الزيت والملح وما أشبه ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله تسلف في المتاع والحيوان المضمون

وسئل مالك عن أعياد الكنائس يجتمع المسلمون إليها يحملون

إليها الثياب والأمتعة وغير ذلك يبيعون فيها يبتغون الفضل، قال: لا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: قد كره مالك في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب الذبائح والصيد أن يباع منهم الجزرة إذا علم أنهم يريدون ذبحها في أعيادهم وكنائسهم وأن يكروا الدواب ليركبوها إلى أعيادهم، وهو خلاف ما هنا، إذ لا فرق بين المسألتين، وقد وقع الاختلاف من قوله في مسألة الكراء منصوصاً في سماع سحنون من كتاب السلطان كره ذلك مرة وأجازه أخرى. واختلاف قوله جَارٍ عندي على الاختلاف في كونهم متعبدين بالشرائع، فيكره على القول بأنه عاص لله في إقامة عيده للمسلم أن يكون عوناً له على الإثم والعصيان، ولا يكره له ذلك على القول بأنه ليس بعاصٍ لله في ذلك إلا بعد الإيمان، وعلى هذا أجاز في سماع زونان للرجل أن يسير بأمته إلى الكنيسة، وقد حكى ابن مُزين عن أصبغ أن ذلك لا يجوز، فعلى قوله: إن فعل يلزمه أن يتصدق بجميع الثمن، ولا يلزمه ذلك على مذهب مالك، وإنما يستحب له على أحد قوليه أن يتصدق بما زاد في الثمن بسبب بيعهم ذلك لأعيادهم.

ومن كتاب أوله الشريكان يكون لهما المال

وقال مالك في قوم أرادوا أن يبيعوا أمة ومعها ابن لها حر صغير لا يستغني عن أمه، قال مالك: أرى ألا يفرق بينه وبين أمه وأن لا يباع إلا ممن يشترط عليه أن لا يفرق بينه وبين أمه وأن تكون مؤنته عليه، وقال مالك: وإن بيعت بغير أرضها فلا أرى بأساً.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة أن البائع أعتق الولد وهو صغير، لأن من أعتق صغيراً فعليه نفقته حتى يبلغ، فلما كانت على البائع نفقته ولم يجز له أن يفرق بينه وبين أمه لم يجز له بيع الأم إلا ممن يشترط عليه أن لا يفرق بينه وبين أمه، وأن تكون مؤنته عليه، يريد إلى أن يبلغ حد

التفرقة، قاله ابن القاسم في العشرة، يريد وترجع عليه هو النفقة إذا بلغ حدّ التفرقة إلى أن يبلغ، وفي جواز هذا البيع اختلاف: أجازه هنا وفي كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة، قال في العشرة استحساناً لئلا يترك الصبي بغير نفقة فيهلك أو يمنع سيد الأمة من البيع فيضرّ به، قال: فإن مات الصبي لم يجب للبائع على المشتري شيء، لأنه لم يرد بذلك إلا كفاية المئونة لا التزيد في الثمن، وقال سحنون: لا يجوز البيع إلا عند الضرورة من فلس أو شبه ذلك، وقيل: إن البيع لا يجوز بحال لأنه غرر، إذ لا يدرى هل يعيش الصبي إلى حد التفرقة أو يموت قَبْلَ ذلك، وقيل: البيع جائز، وإن مات الولد قبل الإثغار رجع البائع على المبتاع بقدر ذلك من قيمة الأم، وهو الذي يأتي على ما في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع،ولو اشترط أن تكون النفقة مضمونة على المبتاع إلى حد الإِثْغَارِ إن مات الولد قبل ذلك لجاز البيع باتفاق، والله أعلم. وقد اختلف في التفرقة فروى ابن غانم عن مالك أن حدَّها الاحتلام في الرجال والمحيض في النساء، وقال ابن عبد الحكم وغيره لا يفرق بينهما أبداً وإن ضرب على لحيته على ظاهر قول النبي عليه السلام: «لَا تُوَلَّهُ وَالِدَةٌ عَلَى وَلَدِهَا وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا»(٢١)، واختلف أيضاً في التفرقة هل هي من حق الأم أو من حق الولد؟ فذهب ابن القاسم أن ذلك من حق الولد فلا يفرق بينهما وإن رضيت الأم بالتفرقة، وهو معنى ما في المدونة وقول ابن نافع على ظاهر الآثار في النهي عن التفرقة مجملاً، وقال ابن عبد الحكم في كتابه: إن التفرقة بينهما جائزة إذا رضيت الأم، وهو قول أشهب وروايته عن مالك في رسم الوصايا، وقد قيل: إن ذلك دليل ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة فانظر في ذلك وتدبره وبالله التوفيق.

ومن كتاب اغتسل على غير نية

وسئل مالك عن الخروج إلى أرض الشرك في البر والبحر

(٢١) لم أقف عليه.

للتجارة فقال: لا أحب ذلك ولا أراه لـه، قد جعل الله لكل نفس أجلًا تبلغه، ورزقاً تنفذه(٢٢)، وهو يجري عليه أحكامهم، فلا أرى له ذلك.

قال محمد بن رشد: قوله: لا أحب ذلك له ولا أراه معناه: لا يحل ذلك ولا يجوز، فقد قال مالك: لم يكن من شأن العلماء رحمهم الله أن يقولوا: هذا حلال وهذا حرام، وكانوا يكتفون بأن يقولوا: لا بأس بهذا، وفي هذا سَعَةٌ ولا أرى هذا، ولا أحب وإني لأكرهه وما أشبه هذا، ويكتفى بذلك منهم، فعلى هذا أتى جوابه في هذه المسألة، والله أعلم. ومن الدليل أن ذلك لا يجوز إجماع أهل العلم على أن من أسلم ببلد الحرب فواجب عليه أن يخرج منه إلى بلد الإسلام ولا يقيم حيث تجرى عليه أحكام الكفر، فإذا كان الخروج واجباً عليه مفروضاً كان الدخول إليه حراماً عليه محظوراً، فمن فعل ذلك طائعاً غير مكره وهو عالم بأن ذلك لا يجوز له كان ذلك جرحة فيه وسقطت إمامته وشهادته، قال ذلك سحنون، وينبغي أن يحمل على التفسير لما في كتاب الولاء والمواريث من المدونة من إجازة شهادتهم لاحتمال أن يكونوا رمتهم الريح إلى بلاد العدو ولم يذهبوا إليها للتجارة طائعين، ويحتمل أيضاً أن يكون إنما أجاز شهادتهم إذا عرفت توبتهم من ذلك، إذ يبعد أن تجاز شهادة من يدخل إلى بلد الحرب للتجارة وطلب الدنيا وهو عارف بأن ذلك لا يجوز له وأن أحكام الشرك تجري عليه، وبما هو أقل من هذا يجرح الشاهد وتسقط شهادته، وقد كره مالك رحمه الله السكنى ببلد يسب فيه السلف، فكيف ببلد يكفر فيه بالرحمان، ويعبد فيه من دونه الأوثان، لا تستقر على هذا نفس صحيح الإيمان.

من سماع أشهب وابن نافع عن مالك رواية سحنون

من كتاب أوله بيوع وكراء

قال سحنون: أخبرني أشهب وابن نافع قالا: سئل مالك عن

(٢٢) كذا.

اشتراء النوبة والْبُجَة فإن بيننا وبين النوبة والبجة هدنة، تعطينا النوبة رقيقاً ونعطيهم طعاماً، وتعطينا البجة إبلاً ونعطيهم طعاماً وهم يَتَسَابَوْنَ، فهل نشتري منهم شيئاً من رقيقهم؟ فقال: كان يقال: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، فإنه لن يترك أحد شيئاً لله فوجد فقده، قال: وقال عبدالله بن عمر، وكان من أئمة الناس: إنّي لأُحبّ أن أجعل بيني وبين الحرام سترة من الحلال ولا أحرمه، وقد قال رسول الله ﷺ لعبدالله بن عمرو بن العاص: «كَيْفَ لكَ إِذَا بَقِيتَ فِي حُثَالَةٍ مِنَ النَّاسِ وَقَدْ مَرَجَتْ عُهُودُهُمْ وَأَمَانَاتُهُمْ فَاخْتَلَفُوا فَكَانُوا هَكَذَا، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ، فَقَالَ: كَيْفَ بِي يَا رَسُولَ اللهِ؟ قَالَ: عَلَيْكَ بِمَا تَعْرِفُ، وَدَعْ مَا تُنْكِرُ عَلَيْكَ بِخَاصَّةِ نَفْسِكَ، وإِيَّاكَ وَعَوامَّهُمْ، قَالَ لِي: وَٱنْظُرْ لِنَفْسِكَ، وَعَلَيْكَ بِٱلْبَيِّنِ ٱلْمَحْضِ»(٢٣)، قلت له: إنهم يبعثون إلينا برقيق من رقيقهم، فهل نشتري من رقيقهم التي يبعثون إلينا بهم للصلح الذي بيننا وبينهم فقال: «لا أدري ما هذا ولا ما هذا التفصيل بين هذا وهذا، وليس كل من فصل أصاب».

قال محمد بن رشد: إذا كانت الهدنة بيننا وبين أهل الحرب على أن لا نقاتلهم ولا نسبيهم فلا إشكال في أن ذلك ليس بعهد يمنعنا من شراء أولادهم منهم ولا من شرائهم ممن سباهم في أن ذلك عهد يمنعنا من شرائهم ممن سباهم ومن شراء أولادهم، وإذا أعطيناهم أماناً وعهداً على أن يدخلوا إلينا في تجارة وينصرفون أو على أن ندخل نحن إلى بلادهم في تجارة وننصرف عنهم فلا إشكال أيضاً في أن ذلك ليس بعهد يمنعنا من شراء أولادهم منهم ولا من شرائهم ممن سَبَاهُمْ، وأما إذا هَادَنَّاهُمْ على أن نتداخل للتجارة مهادنةً مستمرة فهذا الذي رأى اشتراءهم ممن سباهم من مشتبهات الدين الذي تركه وجه

---

(٢٣) هو عند أبي داوود وابن ماجه وفي مسند ابن حنبل.

الخلاص وطريق السلامة، واستدل على ذلك بقول عبدالله بن عمر: إني لأُحِبُّ أن أَجعل بيني وبين الحرام سترة من الحلال ولا أحرمه، وبقول النبي عليه السلام لعبدالله بن عمرو بن العاص: فَانْظُرْ لِنَفْسِك، وَعَلَيْك بِالْبَيِّنِ الْمَحْضِ،لأنه حمل قوله له على عمومه في جميع الأشياء، وإن كان مساق الحديثِ إنما هو على التحذير من الفِتَنِ التي وقعت بعده ألا يدخل منها في مشكل، وقد دخل فيه على ما أداه إليه اجتهاده مع عزم أبيه عليه في ذلك، فشهد مع معاوية حرب صفين ثم ندم على ذلك لما ظهر إليه من البصيرة في خلاف رأيه الأول فاستغفر الله عز وجل من ذلك مخَافة أن يكون قد قصّر أولاً في اجتهاده مع قول رسول الله ﷺ: «فانْظُرْ لِنَفْسِكَ وَعَلَيْكَ بِالْمَحْضِ الْبَيِّن»، وفي هذا الحديث عَلَمٌ جَلِيلٌ من أعلام النبوءة لأنه أعلم عبدالله بما يكون بعده من الفتن وحضّه على ما يصنع فيها في خاصة نفسه من الأَخْذِ بالبيِّن المَحْضِ فانتهى رضي الله عنه إلى ما حضه عليه ورجع عما دخل فيه إذ بان له خلاف ما كان ظهر إليه ولا فصل كما قال من شراء بعضهم من بعض إذا سبوهم وشراء رقيقهم الذي[٢٤] يبعثون بهم فيما صولحوا عليه إذ كان أولئك الرقيق الذين يبعثون بهم من سبي بعضهم بعضاً، وبالله التوفيق لا إله إلا هو.

ومن كتاب البيوع الأول

قال أشهب بن عبد العزيز: سئل مالك عن التجارة في النبل والسيوف والسلاح، قال: لا بأس بذلك، ولم تزل الناس يجيزونه إلا أن يخاف أن يصل إلى العدو.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن السلاح لا يحل أن يباع من العدو ولا ممن يحمله إلى العدو، فلا يحل للرجل أن يتجر فيه إذا علم أنه يصل إلى العدو، مثل أن يكون الذين يبتاعونه منه يخرجون إلى بلد يحمل منه للعدو، ويكره ذلك إذا خاف أن يصل إليهم، قاله مالك في سماع أشهب من

(٢٤) في ق ١: الذين.

كتاب اللقطة، وهو معنى قوله في هذه الرواية، وكذلك تكره له التجارة فيه في حين الفتن التي تكون بين المسلمين إذا خشي أن يصل شيء منه إلى من يُنَاوِئُ به الإسلام، ولا بأس بالتجارة فيها إذا أمِنَ أن يصل منها شيء إلى العدو أو إلى من يُنَاوِىء المسلمين، فإن باع السلاح من العدو أو ممن يُنَاوِىءُ المسلمين ويخرج به عليهم أو ممن يحمل ذلك إليهم وهو عالم بذلك ومضى ذلك وفات ولم يعلم من باعه منه ولا قدر على رده فقد اختلف فيما يلزمه بينه وبين ربه في التوبة من ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها أنه يلزمه أن يتصدق بجميع الثمن، وهذا على القول في أن البيع غير منعقد وأنها باقية على ملكه لوجوب ردّ الثمن على هذا القول إلى المبتاع إن علمه، والصدقة به عليه إن جهله كالربا، والثاني: أنه لا يلزمه أن يتصدق إلا بالزائد على قيمته لو بيع على وجه جائز، وهذا على القول بوجوب فسخ البيع في القيام وتصحيحه بالقيمة في الفوات، والثالث أنه لا يجب عليه أن يتصدق بشيء منه إلا على وجه الاستحباب مراعاة للاختلاف، وهذا على القول بأن البيع إن عثر عليه لم يفسخ ويباع على المبتاع، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الزكاة

وسئل مالك فقيل له: الروم عندنا إذا قدموا علينا برقة بالرقيق جعلوا من كل صنف عشرة فجعل ذلك أصنافاً، ثم بدأ بأول صنف فاختار منهم الرومي رأسا، ثم أخذ المسلمون من التسعة الباقية رأساً يختارونه منها، ثم يأتي إلى الصنف الآخر الثاني فاختار منهم المسلمون رأساً ثم أتى إلى الصنف الثالث فبدأ الروميّ فاختار منهم رأساً، ثم اختار المسلمون من التسعة الباقية رأساً هكذا يفعلون، قد أحكموا ذلك وجعلوا كل صنف على حدته، فقال: أحكموه إحكام سوء.

قال محمد بن رشد: إنما عاب هذا الفعل لأن الغرر فيه بَيِّنٌ فلا يجوز ذلك لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر، وإنما الواجب في ذلك أن يقسم

الرقيق بينهم وبين المسلمين على سنة قسم الرقيق بين الشركاء لأن المسلمين قد حصلوا إشراكهم فيها بالعشر باعوا أو لم يبيعوا، وهذا في أهل الحرب فتقوم كلها فيضرب عليها بالسهام فيخرج للمسلمين ما خرج في العشر بالقيمة رأس أو بعض رأس أو رؤوس، وبالله التوفيق.

من سماع ابن دينار من ابن القاسم

من كتاب أوله نقدها نقدها

قال عيسى بن دينار: وقال ابن القاسم: في المصاحف توجد في كنائس الروم بأرض العدو من مصاحفهم والصلب الذهب والورق، فقال: أما الصلب فيكسرونها ثم تقسم ولا تقسم صلباً، وأما المصاحف فتمحى.

قال محمد بن رشد: قد قال في غير هذا الموضع في المصاحف إنها تحرق كما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه فعل بالمصحف إذ جمع الناس على مصحف واحد، فإن كان ينتفع بها بعد محوها فمحوها أولى لبقاء المنفعة فيها للمسلمين، وإن كان لا منفعة فيها بعد محوها فحرقها أولى لأنه أقل عَنَاءً، ولا تترك على حال دون أن تحرق أو تمحى، إذ لا يجوز أن تقرأ لأنها مُغَيَّرةٌ مُحَرَّفة كما أخبر الله في كتابه العزيز حيث يقول: ﴿ يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ مَوَاضِعِهِ ﴾(٢٥)، وقال عز وجل: ﴿ ثُمَّ يَقُولُونَ هٰذا مِنْ عِنْدِ اللهِ لِيَشْتَرُوا بِهِ ثَمَناً قَلِيلاً ﴾(٢٦).

مسألة

وقال ابن القاسم في الإمام يبيع السبي على أن هذا زوج هذه وهذه امرأة هذا، يقول ذلك ثم يريد المشتري بعد ذلك أن

---

(٢٥) الآية ٤٦ من النساء والآية ١٣ من المائدة.

(٢٦) الآية ٧٩ من البقرة.

يفرق بينهما، إنَّهُ[٢٧] ليس له أن يفرق بينهما، قال: وإن باعهم الذين يجلبونهم أيضاً يعني الربانيين[٢٨] على هذا أيضاً، وقالوا إن هذا زوج هذه وهذه امرأة هذا أقرهم على ذلك، وليس له أن يفرق بينهما وهذا الذي ليس فيه اختلاف من أحد.

قال محمد بن رشد: قوله في الإمـام إذا باع الرجل والمرأة من السبي على أنهما زوجان إنه ليس للمشتري أن يفرق بينهما هو على ما ذهب إليه ابن حبيب في الواضحة من أنّ السِّبَاءَ يبيح فسخ نكاح الزّوجين، فإن أسلما أو أسلم أحدُهما قبل أن توطأ أُقِرّا على نكاحهما ولم يفسخ ثبتا سبيا معاً أو مفترقين خلاف قول ابن القاسم وأشهب في المدونة: إن السباء يهدم نكاح الزوجين سُبِيَا معاً أو مفترقين، فعلى قولهما فيها لا سبيل إلى تركهم على ذلك النكاح إلا بنكاح جديد من مالكهم. وذهب ابن المواز إلى أن السِّبَاء لا يهدم نكاح الزوجين ولا يبيح فسخه سُبيا معاً أو مفترقين. فإن سُبيت الأمة على مذهبه ثم سُبي زوجها أو قدم بأمان قبل أن توطأ بالملك فهو أحق بها، وذهب ابن بكر إلى أنه إن سبيت هي قبله فسخ النكاح بسببها، وإن سُبِيَ قبلها أو سُبِيَا معاً فاستبقا الزوج[٢٩] أقرا على نكاحهما، فهي أربعة أقوال: أحدهـا إذا تقدم سبي أحدهما فلا فرق بين أن يسبى الآخر بعد ذلك أو يقدم بأمان في حكم فسخ النكاح يجري ذلك على الاختلاف المتقدم، وإذا تقدم قدوم أحدهما بأمان ثم سبي الآخر بعده فلا ينفسخ النكاح بإجماع ويخير إن كانت هي التي قدمت أولاً للرق الذي أصابه بالسباء ويعرض عليها الإسلام إن كانت هي التي سبيت آخراً إلا أن تعتق، إذ لا يصح أن تكون زوجة لمسلم وهي أمة كافرة لقـوله عـز وجل: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ الآية[٣٠]، وبالله التوفيق.

---

(٢٧) كذا في ق ١ وفي الأصل: إذ.

(٢٨) كذا.

(٢٩) كذا.

(٣٠) الآية ٢٥ من النساء.

ومن كتاب أوله

أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

وسئل ابن القاسم عن رومي سبيت امرأته فأتى حتى وقف قريباً من عسكر المسلمين فقال لهم: إن أعطيتموني امرأتي فلكم عندي أربعة من المسلمين أعطيكموهم نصهم بأسمائهم، فقالوا له: نعم، [فذهب](٣١) فأتى بواحد ثم آخر ثم آخر ثم جاء، فقال لهم: لم أقدر على الرابع، قال ابن القاسم: إما أن يعطوه امرأته وإما أن يردوا إليه الثلاثة، قال عيسى: أحب إليّ أن يردوا إليه امرأته ولا يعطوه الثلاثة، ولا ينبغي لهم غير ذلك.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم ليس على ظاهره من التخيير بين الأمرين، وإنما معناه أنه لا بد من أحد الوجهين، فإذا لم يصح أحدهما لزم الثاني، وقول عيسى مُبَيِّن لذلك لأن قوله في أوله: أحب إليّ ليس على ظاهره، ومعناه الوجوب، بدليل قوله في آخره: ولا ينبغي لهم غير ذلك، وهذا إذا كان لم يبرم العقد بينهم وبين الرومي على أن يعطوه امرأته ويعطيهم الأربعة من المسلمين، وإنما قالوا له: إن جئتنا بهم أعطيناك امرأتك، ولو انْبَرَمَ العقد بينهم على هذا لكان الواجب إذا تحقق أنه لم يقدر على الرابع أن يكون له أن يأخذ امرأته ويكون عليه قيمة ربعها على حكم الاستحقاق فيمن باع أمة بأربعة أعبد فأعتق المشتري الأمة واستحق أحد الأعبد. ولو لم يتحقق أنه لم يقدر عليه لكان من حق المسلمين أن يحبسوا المرأة حتى يأتي بالرابع على أصولهم في أن من حق البائع أن يمسك سلعته حتى يستوفي جميع ثمنها.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن الربانيين: ما يؤخذ منهم؟ فقال: الذي تأخذ به من ذلك إنما هو صلح ما اصطلحوا أن ينزلوا عليه من ثلث

(٣١) إضافة من ق ١.

أو ربع أو خمس أو عشر أو ما كان من الإمام في ذلك، قيل له: فإن نزلوا على العشر بصلح فلم يوافقهم البيع ثم أرادوا الرجوع برقيقهم ومتاعهم فقال: يؤخذ منهم العشر ولا يشبهوا أهل ذِمَّتِنَا إذا أتوا لتجارة فلم يوافقهم البيع أولئك لا يؤخذ منهم شيء إلا أن يبيعوا، قال ابن القاسم في سماع سحنون وأصبغ ويمنعون من الوطء إن كان معهم جواري يحال بينهم وبين وطئهن حتى يباعوا للشرك الذي للمسلمين معهم باعوا أو لم يبيعوا أو فيما مات أو نقص، قال ابن القاسم: إلا أن يكونوا صولحوا على دنانير أو دراهم فلا يمنعوا من الوطء، وإن دخلوا من ذلك الموضع إلى غيره من سواحل المسلمين قبل أن يبيعوا لم يؤخذ منهم إلا ما أخذ.

قال محمد بن رشد: قوله في الربانيين إنه يؤخذ منهم إذا قدموا للتجارة ما صولحوا عليه هو مثل قوله في المدونة وروايته عن مالك خلاف رواية علي بن زياد عنه فيها أن في تجار أهل الحرب العشر. ولا اختلاف في أن للإمام أن يمنعهم من دخول بلاد المسلمين للتجارة حتى يصالحوه على ما يأخذ منهم، وأنه إن صالحهم على أكثر من العشر لزمهم ولم يكن لهم أن يؤدوا العشر، وإن صالحهم على أقل من العشر لزمه ولم يكن له أن يأخذ منهم أكثر مما صالحهم عليه، وإن أنزلهم على غير اتفاق ولا عادة جروا عليها أخذ منهم العشر، ولم يكن للإمام أن يزيد منهم على العشر ولا لهم أن ينتقصوه منه على القول بأن ما صولحوا عليه يجب عليهم بدخولهم إلى بلاد المسلمين باعوا أو لم يبيعوا، وهذا لم يختلف فيه قول مالك ولا قول ابن القاسم. فاختلاف قول مالك في رواية ابن القاسم وعلي بن زياد عنه في المدونة إنما يعود في هل للإمام أن ينزلهم ابتداء على أقل من العشر أو دون اتفاق ويأخذ منهم العشر أم لا؟ فلَهُ ذلك على رواية ابن القاسم، وليس له ذلك على رواية علي بن زياد، فإن فعل لم يكن بين الروايتين اختلاف في أنه إن أنزلهم على أقل من العشر لم يكن له أن يأخذ منهم العشر، ولا في أنه إن أنزلهم دون اتفاق ولا جري عادة

جروا عليها أن يكون له أن يأخذ منهم أكثر من العشر إلا أن يرضوا بذلك ولا أقل منه إن طلبوا ذلك، لأنه يكون تارِكاً لبعض حق المسلمين. وأما على قول ابن وهب في سماع أصبغ وأشهب في كتاب ابن المواز أنه لا يلزمهم أن يؤخذ منهم العشر ولا ما صالحوا عليه إلا أن يبيعوا، فإن أنزلهم الإمام على غير اتقان ولا عادة جروا عليها فيصالحهم ما لم يبيعوا أو ينصرفوا ولا يأخذ منهم شيئاً، فإن لم يصالحهم حتى باعوا أخذ منهم العشر على كل حال، وقوله: إنهم يمنعون من الوطء صحيح لأن المسلمين قد حصلوا اشراكاً لهم بنفس نزولهم وإن لم يبيعوا خلاف قول ابن وهب وأشهب.

مسألة

قال ابن القاسم: وبلغني عن مالك أنه قال: تطرح الضيافة على أهل الذمة ضيافة الثلاثة الأيام إذا لم يوف لهم.

قال محمد بن رشد: معنى قول مالك في طرح الضيافة عنهم هو ما فسره به عيسى بن دينار في تفسير ابن مزين قال: يقول: إذا تعدى عليهم الإمام وأخذ منهم أكثر من فرض عمر فلا يحل لأحد من المسلمين أن يستضيفهم ولا يأكل لهم شيئاً، وهو تفسير صحيح لأن عمر إنما أوجب عليهم أن يضيفوا من مَرَّ بهم من المسلمين ثلاثاً على أن يؤدوا المقدار الذي فرضه عليهم، فصار ذلك المقدار شرطاً في وجوب الضيافة عليهم لمن مرّ بهم من المسلمين، فإذا لم يوف لهم بالشرط وأخذ منهم أكثر من ذلك سقطت عنهم الضيافة، فلا يحل لأحد أن يستضيفهم ولا يأكل لهم شيئاً.

مسألة

قال مالك: ولا أرى أن يزاد عليهم في جزية جَمَاجِمِهِمْ على ما فرض عمر أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعين درهَماً على أهل الوَرِقِ، فلا أرى أن يزاد عليهم وإن أيسروا، واحتج بقول عمر:

قد فرضت لكم الفرائض وسننت لكم السنن.

قال محمد بن رشد: المروي عن عمر رضي الله عنه أنه فرض الجزية على أهل الذمة أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعين درهماً على أهل الْوَرِقِ وذلك أرزاق المسلمين، وضيافة ثلاثة أيام. والذي كان يفرض عليهم في الأرزاق على ما حكى ابن وهب نحو قفيز قمح وثلاثة أثمان[٣٢] زيت في كل شهر وشيء من عسل وكسوة لم يحد ذلك، فإرادته أنه لا يزاد عليهم فيما فرضه عليهم في الأرزاق مع الذهب أو الوِرق كما لا يزاد عليهم في الذهب ولا في الورق، والله أعلم، ولا اختلاف أعلمه في أنه لا يزاد عليهم على ما فرضه عمر وإن أيسروا ولا ينقصونهم منه ما كان فيهم محتمل لذلك، فإن لم يكن فيهم محتمل لحمل المفروض عليهم في الأرزاق مع الذهب والورق لم يكن عليهم إلا الذهب أو الورق، واختلفوا إن ضعفوا عن حمل الأربعة دنانير أو الأربعين درهماً فقيل إنه يسقط عنهم الجميع، وهو الظاهر من مذهب ابن القاسم، وقيل إنهم يلزمون من ذلك بقدر احتمالهم ولا حَدَّ في ذلك، قاله القاضي أبو الحسن، وقيل إن حد أَقلِّ الجزية دينار أو عشرة دراهم، وهذا في أهل العنوة الذين غلبوا على بلادهم وأقروا فيها لعمارة الأرض وفيمن استأمن على أن يكون من أهل ذمة المسلمين، وفيمن صولح على أداء الجزية مجملاً دون تفسير، فإن صولحوا على أقل من ذلك أو أكثر مضى ذلك ولزم الصلح على ما وقع عليه من قليل الجزية وكثيرها، هذا قول ابن حبيب وغيره إن الجزية الصلحية لا حد لها في عدد ولا توقيت، وإنما هي على ما صالحوا عليه من قليل أو كثير على أن يدخلوا إلى بلاد المسلمين أو يقروا في بلادهم على دينهم إذا كانوا بحيث تجري عليهم أحكام المسلمين، وتؤخذ الجزية منهم عَنْ يَدٍ وَهُمْ صاغرون، وهو كلام فيه نظر، والصحيح أنه لا حدَّ لأقلها يلزم أهل

(٣٢) كذا بالأصل ومثله في ق ١ وربما كان تصحيفاً لأمناء جمع مَناً أو تصحيفاً من أمنان جمع مَنٌّ وقد جاء في مصباح الفيومي ما لفظه: «المنا الذي يكال به السمن وغيره، وقيل الذي يوزن به رطلان، والجمع أمناء وفي لغة تميم: من بالتشديد والجمع أمنان».

الحرب الرضى به لأنهم مالكون لأمرهم وأن لأقلها حدّاً إذا بذلوه لزم الإمام قبوله وحرم عليه قتلهم(٣٣) لقوله عز وجل: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾(٣٤) الآية ولم أرَ لأحد من أصحابنا حَدّاً في ذلك، والذي يأتي على المذهب عندي أن أقلها ما فرض عمر على أهل العنوة، فإذا بذل ذلك أهل الحرب في الصلح على أن يؤدوه عَنْ يَدٍ وهم صاغرون لزم الإمام قبوله وحرم عليه قتالهم، وله أن يقبل منهم في الصلح أقل من ذلك وإن كانوا أغنياء، وقال الشافعي أقل الجزية دينار، فإذا بذل الأغنياء ديناراً حرم قتالهم ولا قدر لأكثرها، يريد أنه ليس لكثرة ما يبذلونه في الصلح حد لا يجوز للإمام أن يتجاوزه بخلاف أهل العنوة الذي لا يجوز للإمام أن يتجاوز فرض عمر رضي الله عنه.

ومن كتاب أوله لم يدرك من صلاة الإمام إلا الجلوس

وقال ابن القاسم: إذا أسلف النصرانيُّ النصرانيَّ خمراً أو خنازير فأسلم المسلف كان عليه قيمة تلك الخنازير أو الخمر، وكذلك النصرانيّة تنتقد في صداقها خمراً أو خنازير ثم تُسْلِمُ قَبْلَ أن يبتنى بها وقد فات في يديها فإنه يكون عليها غرم قيمة تلك الخنازير وتلك الخمر، قلت فإن كان ذلك الخمر والخنازير عندها قائمة بعينها؟ قال: أرى أن تغرم قيمة ذلك وتكسر الخمر وتقتل الخنازير، قلت فإن أسلم الذي أسلف الخمر والخنازير هل عليه أن يأخذ تلك الخنازير فيقتلها أو تلك الخمر فيُهرِيقَها؟ قال ابن القاسم: أحب إلي أن تؤخذ الخمر والخنازير فتكسر الخمر وتقتل الخنازير.

قال محمد بن رشد: قوله في النصراني الذي يسلفه النصراني الخمر والخنازير فيسلم إن عليه قيمة تلك الخنازير أو الخمر صحيحٌ على قياس قوله

(٣٣) في ق ١: قتالهم.
(٣٤) الآية ٢٩ من التوبة.

في المدونة وغيرها في أن المسلم إذا استهلك الخمر للنصراني أن عليه قيمتها لأنه بإسلافه مستهلك للخمر الذي دفع إليه، إذ لا يقدر أن يؤدي إليه خمره ولا خنازيره بعد إسلامه، ولم يذكر متى تقوم إن كان يوم قبضها أو يوم أَسْلَمَ أو يوم يحل عليه السلف إن كان مؤجلاً، والذي يجب أن يكون عليه قيمة ذلك يوم الحكم إن كان السلف حالاً، وإن كان مؤجلاً لم يحل بَعْدُ فقيمته يوم الحكم على أن يقبض عند أجله، وحكى ابن حبيب عن مالك من رواية مطرف عنه أنه لا شيء عليه إذا أسلم على أصله أيضاً في المسلم يستهلك الخمر للنصراني إنه لا شيء عليه فيها، وكذلك النصرانية تنتقد في صداقها خمراً أو خنازير فتُسْلِمُ قبل البناء تشبه مسألة القرض لأنها بإسلامها قبل البناء ينفسخ النكاح ويجب عليها أن ترد للزوج ما قبضت منه وهي لا تقدر على ذلك لإسلامها فتلزمها القيمة، وذلك أبين إذا أسلمت والخمر والخنازير قائمة بيدها في الاستهلاك ولا يجب عليها شيء على رواية مطرف عن مالك المذكور في الوجهين، وأما إذا أسلم الذي أقرض الخمر والخنازير فَأَخْذُ ذلك من النصراني وقَتْلُ الخنازير وإرَاقَةُ الخمرِ أولى من ترك ذلك كما قال وبالله التوفيق.

مسألة

قال: ولو أسلم نصراني إلى نصراني دنانير في خمر أو خنازير فأسلم أحدهما؟ قال: إذا أسلم الذي أسلم إليه الثمن رد الثمن إلى صاحبه، فإذا أسلم صاحب الثمن فإن مالكاً قال فيها: لا أدري، أخاف أن أظلم الرومي إن قضيت عليه برد الدنانير وعليه خمر أو خنازير، ولكن أرى أن تؤخذ الخمر منه وتكسر على المسلم، وتؤخذ الخنازير فتقتل أو تطرح في مكان لا يخلص أحد إلى أكلها، يحتمل أن يكون من قول مالك فيكون هو جوابه الذي ترجح عنده من الوجهين في المسألة بعد وقوفه فيها، ويحتمل أن يكون من قول ابن القاسم خلافاً لماله في المدونة من أنه يقضى عليه برد رأس المال

بمنزلة إسلامهما جميعاً لأنه حكم. قلت: فإن رضي النصراني أن يرد عليه دنانيره؟ قال: ذلك حلال لا بأس به.

قال محمد بن رشد: توقف مالك رحمه الله إذا أسلم الذي له السلم وقال: أخاف أن أظلم الرومي إن قضيت عليه بخلاف ما عليه، ولم يتوقف إذا أسلم الذي عليه السلم، وهو يقضي لِلذِّمِّي بخلاف ماله لأن له خمراً أو خنازير، وهو يقضي عليه أن يأخذ دنانير، والفرق بين الموضعين أنه إذا أسلم الذي له السلم لم يمكن أن يقضى على الذِّمِّي بما عليه لأن ما عليه يجوز له ملكه، فلما كان يمكن أن يقضى عليه بما عليه خشي أن يظلمه إن قضى عليه بخلاف ما عليه، وإذا أسلم الذي عليه السلم لم يمكن أن يقضى عليه بالخمر والخنازير لأنه مسلم لا يحل له مِلْكُ ذلك، فلما لم يكن ذلك كان القضاء عليه برد رأس المال ضرورة يبيح أن يقضى لِلذِّمِّيّ بخلاف ماله، كمن أسلم فيما له إبَّانٌ فانقضى الإِبَّانُ قبل أن يأخذ سلمه أنه يقضى له برأس ماله، إذ لا يمكن أن يقضى له بماله وقوله: ولكن أرى أن تؤخذ الخمر عنه فتكسر على المسلم وتؤخذ الخنازير فتقتل وتطرح في مكان لا يخلص أحد إلى أكلها، يحتمل أن يكون من قول مالك فيكون هو جوابه الذي ترجح عنده من الوجهين في المسألة بعد وقوفه فيها، ويحتمل أن يكون من قول ابن القاسم خلافاً لماله في المدونة من أنه يقضى عليه بردّ رأس المال بمنزلة إسلامهما جميعاً لأنه حكم بين مسلم ونصراني، وأما إذا رضي النصراني المُسْلَمُ إليه أن يرد على المسلم الذي أسلم إليه دنانيره فلا إشكال في أن ذلك حلال جائز كما قال، ولا يلزم المسلم ذلك إذا قال أنا أريد أن آخذ الخمر أو الخنازير فأهريق الخمر وأقتل الخنازير على القول بأن ذلك هو الذي يوجبه الحكم.

مسألة

قلت: فلو كان نصرانياً أعطى نَصْرَانِيّاً ديناراً في دينارين إلى شهر فأسلم أحدهما أو جميعاً؟ قال: إن أسلما جميعاً لم يكن لصاحب

الدينار إلا ديناره، وإن أسلم صاحب الدينار لم يحل له أن يأخذ إلا ديناره وإن أسلم الذي عليه الدِّينَارَانِ كان عليه غرم الدينارين إلى النصراني.

قال محمد بن رشد: أما إذا أسلما جميعاً أو أسلم الذي أسلم الدينار فلا اختلاف في أنه لا يحل للمسلم إلا أن يأخذ ديناره، وإن أسلم صاحب الدينار لم يحل له أن يأخذ إلا ديناره، وإن أسلم الذي عليه الدينار لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ ﴾(٣٥) الآية. وأما إذا أسلم المسلم إليه فقال ابن القاسم في **المدونة** إنه يرد إلى المسلم ديناره بمنزلة إسلامهما جميعاً لأنه حكم بين مسلم ونصراني خلاف قوله ها هنا، واختلاف قوله في هذه المسألة جارٍ على الاختلاف في الكفار هل هم مخاطبون بشرائع الإسلام أم لا، فقوله ها هنا على أنهم غير مخاطبين بشرائع الإسلام، لأنك إذا قلت إن الربا لا يحرم على الذِّمِّيّ وجب أن يحكم له به على الذي أسلم، وإذا قلت إنه يحرم عليه لم يجز أن يحكم له به على الذي أسلم، لأن المسلم لا يجوز له أن يُؤْكِلَ الرِّبا كما لا يجوز له أن يأكله، وتوقف فيها مالك في**المدونة** وقال: أخاف أن أظلم الذِّمِّيّ إن قضيت له بدينار وله ديناران إذ لم يترجح عنده أحد القولين على الآخر.

مَسْـألة

قال: وكذلك إذا تسالفا الخمر والخنازير إذا أسلما جميعاً لم يكن على الذي عليه الخمر ولا الخنازير قليل ولا كثير.

قال محمد بن رشد: وهذا عندي إذا أسلما معاً أو أسلم المسلف قبل المسلف، وأما إن أسلم المسلف قبل المسلف فينبغي على قياس قول ابن القاسم في أول الرسم أن يكون عليه قيمة الخمر أو الخنازير للمسلم لأن ذلك قد وجب له عليه بإسلامه قبل أن يسلم هو، فلا يسقط حقه بإسلامه، وقد

(٣٥) الآية ٢٧٩ من البقرة.

مضى ما يدل على صحة هذا في أول الرسم لمن تدبّره.

مسألة

قلت: فإن أسلمت النصرانية التي أخذت في صداقها الخمر والخنازير وأسلم زوجها قبل أن يبتني بها هل ترى أن يدخل بها بذلك الصداق ويقدم لها ما يستحلها به؟ قال النكاح ثابت، وأحب إليّ أن يقدم إليها ما يستحلها به، قال عيسى: الذي آخذ به في هذا ـ وقد اختلف فيه ـ القول أنه إذا دفع إليها ذلك ثم أسلم قبل البناء فإنه يدفع إليها ربع دينار ويلزمه النكاح، وإذا لم يدفع ذلك إليها حتى أسلم فإنه يدفع إليها صداق مثلها ويلزمه النكاح، وإذا دفع إليها ودخل بها ثم أسلم فلا شيء عليه، وإذا دخل بها ولم يدفع ذلك إليها وأسلم فإنه يعطيها صداق مثلها.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم هذا وعيسى بن دينار في النصراني يتزوج النصرانية على خمر أو خنزير فيدفع ذلك إليها ثم يسلمان قبل البناء هو مثل قول بعض الرواة في كتاب النكاح الثالث من المدونة إن النكاح ثابت، ولا خيار للزوج فيه، وخلاف له فيما يكون على الزوج لأنه لم يوجب فيه على الزوج شيئاً واستحبّ ها هنا ابن القاسم أن يقدم إليها ما يستحلها به، وأوجَبَ ذلك عليه عيسى، وخلاف لقول ابن القاسم في الكتاب المذكور من المدونة في الوجهين، لأنه قال فيه: إن شاء أن يدفع إليه مثلها ويدخل فذلك له، وإن أبى فرق بينهما ولم يكن له عليه شيء، كمن نكح على تفويض، ولم يختلفوا إذا أسلما قبل البناء وقبل أن يدفع ذلك إليها في أنه مخير بين أن يدفع إليها صداق مثلها ويدخل أو يفرق بينهما ولا شيء عليه، وأما إذا أسلما بعد البناء أو بعد أن دفع إليها ذلك فلا اختلاف في أن النكاح ثابت ولا شيء عليه، واختلف إن كان إسلامهما بعد الدخول وقبل أن يدفع إليها ذلك، فقال ابن القاسم في المدونة يدفع إليها صداق مثلها، وقال سحنون: لا

شيء عليه، فهذا تحصيل هذه المسألة، لأنها تنقسم على أربعة أقسام يتفق على الوجهين منها وهما إذا كان إسلامهما قبل الدخول وقبل القبض، أو بعد الدخول وبعد القبض، ويختلف في الوجهين منها وهما إذا كان إسلامهما قبل الدخول وبعد القبض أو بعد الدخول وقبل القبض على ما قد ذكرناه في ذلك كله. وقول ابن القاسم في هذه المسألة في المدونة يأتي على قياس قول ابن أبي حازم وابن دينار في النصرانِيَّيْن يَتَبَايَعَانِ الخمر والخنزير فيسلمان أو أحدهما قبل أن يقض البائع الثمن إنه ليس له قبضه بعد الإسلام، وقول بعض الرواة فيها وقول ابن القاسم وعيسى بن دينار في هذه الرواية يأتي على قياس قول أشهب والمخزومي وابن المواز إن له قبضه بعد الإسلام فتدبر ذلك.

مسألة

قلت: فهل لِحَكَمِ المسلمين أن يقضي بين أهل الذمة فيما يتظالمون فيه من الأموال أو منْ البيوع والرهون والغصب؟ فقال: نعم، ذلك الذي يحق عليه، قلت: ففي أي شيء يترك الحكم بينهم؟ قال في حدودهم وعتقهم وطلاقهم وبيع الربا التي يتبايعون بها من الدرهم بالدرهمين ونحو هذا ونكاحهم ووجه غير واحد، وأما القتل والجراح والغصب والأموال التي يتظالمون بها فإن على حَكَمِ المسلمين أن ينظر بينهم.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم هذا موافق لما في المدونة وغيرها لمالك وأصحابه لا اختلاف بينهم في أن على حَكَمِ المسلمين أن يحكم بينهم فيما يتظالمون فيه وأنه مخير فيما سوى ذلك من حدودهم ونكاحهم وطلاقهم وبيوع الربا التي يتبايعون بها فيما بينهم إن ترافعوا إليه إن شاء حكم بينهم في ذلك وإن شاء ترك لقول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ جَاؤوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ الآية إلى قوله: ﴿ إنَّ الله يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾[٣٦] أي بحكم التوراة لأن الآية نزلت في تحكيم اليهود النبي عليه السلام في اللذين

(٣٦) الآية ٤٢ من المائدة.

زنيا منهم فحكم عليهما بالرجم على ما في التوراة، فوجب أن يقاس على ذلك ما كان في معنى الحد من سائر شرائعهم، وأن يكون الإمام مخيراً في الحكم بينهم في ذلك إن حكموه فيه. وأما ما يتظالمون فيه فمن الحق على الإمام أن يحكم بينهم في ذلك ويكف بعضهم عن بعض وإن لم يحكموه في ذلك ويكف غيرهم أيضاً عن ظلمهم لأنه إنما أخذ الجزية منهم على ذلك، فهو من الوفاء بالعهد لهم، ولا اختلاف في ذلك بين أحد من أهل العلم، وقد قيل: إن قوله عز وجل: ﴿ وأَن ٱحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ الله ﴾[٣٧] معناه عند مالك فيما يتظالمون فيه، وقيل: إن معناه في غير التظالم من الحدود وغيرها وإن المُراد بذلك أن حكمت على ما توجبه الآية الأخرى من التخيير، وأصحّ ما قيل في هذا أن قوله عز وجل: ﴿ وَأَن ٱحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ الله ﴾ معناه وأن احكم بينهم بما أنزل الله في التوراة إن حكمت، وأن قوله عز وجل: ﴿ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ الله ﴾[٣٨] في القرآن إن حكمت، وأن هذه الآية ناسخة الحكم بالتوراة لا التخيير في الحكم، إذ قد أجمع أهل العلم على أنه لا يجوز الحكم بينهم إلا بما في القرآن، وقد قيل إنهما ناسختان للتخيير في الحكم، وإنه لا يجوز للإمام ردهم إلى حكامهم إذا حكموه ، وذهب إلى هذا بعض أهل العراق، وهو بعيد، لأن النسخ حكم مبتدأ لا يكون معطوفاً على ما قبله، فعطف هاتين الآتين على آية التخيير يدل على أنهما غير ناسختين لآية التخيير، والله أعلم.

مســألة

وسئل ابن القاسم عن نساء أهل الذمة الذين أخذوا عنوة مثل أهل مصر هل يحل للرجل أن ينظر إلى شعورهن؟ فقال: لا يحل لمسلم أن ينظر إلى شعورهن ولا إلى شيء من عوراتهن، فقيل له: أليس هن بمنزلة الإماء؟ قال لا: بل هن حرائر، لأن دية من قتل

(٣٧) الآية ٤٩ من المائدة.

(٣٨) الآية ٤٨ من المائدة.

منهن خمسمائة، ومن أسلم منهن كان حراً، فهن أحرار يحرم منهن ما يحرم من الأحرار.

قال محمد بن رشد: حكم لأهل العنوة في هذه الرواية بحكم الأحرار، ووجه ذلك أنه جعل إقرارهم في الأرض لعمارتها من ناحية الْمَنِّ الذي قال الله تعالى فيه: ﴿ فَإِمَّا مَنّاً بَعْدُ وإِمَّا فِدَاءً ﴾(٣٩) والمن العتاقة، فعلى هذا تكون لهم أموالهم إذا أسلموا، وإلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة واحتج بظاهر قول النبي عليه السلام: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شيْءٍ فَهُوَ لَهُ خلاف رواية سحنون بعد هذا. وتفرقة ابن المواز في ذلك بين ما كان بأيديهم يوم الفتح وبين ما استفادوه بعد الفتح ليست جارية على قياس، لأن إقرارهم لعمارة الأرض إن كان عتقاً لهم فيجب أن يكون ما كان لهم من مال تبعاً لهم بمنزلة ما استفادوه بعد ذلك فلا ينزع منهم بإسلامهم، وإن لم يكن عتقاً لهم فلا يكونون بإسلامهم أحراراً ولا يكون لهم شيء من أموالهم، ووجه قول ابن المواز أنه جعل حكم ما كان لهم من المال يوم الفتح حكم الأرض في سقوط ملكهم عن ذلك كله، وذلك خلاف قول ابن القاسم في المسألة التي في رسم إن خرجت بعد هذا في الجارية التي بيعت في المغانم ومعها دنانير أو دراهم إنها تكون للجيش إلا أن يستثنيَه المبتاع على الحديث، فجعل العبد ملكاً لما سبي معه من ماله حتى ينتزع منه، وقوله لأن دية من قتل منهن خمسمائة يريد من حساب خمسمائة لأن دية الرجال منهم خمسمائة والنساء على النصف من ذلك.

ومن كتاب أوله إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق

وسئل ابن القاسم عمن اشترى جارية من الخُمُس فوجد معها مالاً ما يصنع به؟ ولم يستثنه بمثل الاشتراء، قال ابن القاسم: إذا كانت دنانير أو دراهم أو أمراً لا يشبه أن يكون من هيئتها ولباسها

---

(٣٩) الآية ٤٧ من سورة محمد.

فإنه لجماعة الجيش، وذلك أن الليث بن سعيد حدّثني عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله عن عمر عن النبي عليه السلام أنه قال: «مَنْ بَاعَ عَبْداً فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ ٱلْمُبْتَاعُ»(٤٠).

قال محمد بن رشد: ظاهر دليل هذه الرواية إن ما كان من هيئتها ولباسها فإنه للمبتاع وإن كان كثيراً خلاف ما مضى في رسم الوضوء والجهاد من سماع أشهب من كتاب الجهاد. والذي في رسم الوضوء والجهاد من سماع أشهب من كتاب الجهاد هو الصحيح [إذ](٤١) لا يصح أن يكون للمبتاع من هيئتها ولباسها إذا كان كثيراً إلا إذا كان ذلك عليها عند البيع وعلم بذلك البائع على ما قد بيناه في سماع أشهب. قال ابن دحون: فلو أراد رد ما معها من مال ليس من هيئتها ولباسها فوجد الجيش قد تفرق أخذه لنفسه، وقيل يتصدق به، وقد مضى القول على هذا المعنى في مسألة الصليب من سماع أشهب.

ومن كتاب أوله:

إن اسلم وله بنون صغار

وسئل ابن القاسم عن الرجل يدخل أرض العدو ويشتري امرأته جاهلاً بها أو عالماً أنها امرأته؟ قال إذا اشتراها وهو لا يعلم أنها امرأته كان ما اشتراها به ديناً عليها يتبعها به، فإن كان اشتراها وهو يعلم أنها امرأته فلا شيء عليها، لأنه كان يخلصها لنفسه.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يفدي امرأته من أرض العدو وهو يعلم أنها امرأته إنه لا يتبعها بما فداها به هو على معنى ما في المدونة في المكاتب يؤدي كتابته ومعه امرأته إنه لا يرجع عليها بشيء، قال ابن حبيب في **الواضحة** وحكاه عن مالك وعن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم إلا أن يكون فداها بأمرها وطلبها فإنه يرجع عليها، قال فضل: معناه أن تقول له

(٤٠) انظر فيه الصحيحين والنسائي وأبا داوود وابن ماجه والموطأ ومسند ابن حنبل.
(٤١) إضافة من ق ١.

افدني وأعطيك الفداء، فيكون من جنس السلف، وظاهر قول ابن حبيب أنه يرجع عليها بما فداها به إذا فداها بأمرها وإن لم تقل له افدني وأنا أعطيك الفداء خلاف ما ذهب إليه فضل، وكذلك إذا فدى من بلاد الحرب من يعتد عليه وهو عالم لا يرجع عليه بما فداه به على معنى ما في المدونة إذا كان معه في الكتابة فأداها أنه لا يرجع عليه بشيء، وهو قول ابن حبيب في الواضحة أيضاً إلا أن يفديه بأمره فيرجع عليه، واختلف إذا فداه وهو لا يعلم أنه ممن يعتق عليه فقال ابن حبيب إنه لا يرجع عليه بخلاف الزوجة، وقال سحنون إنه يرجع عليه كالزوجة، وأما ذَوُو المحارم الذين لا يعتقون عليه فجعل ابن حبيب في الواضحة سبيلهم كسبيل الزوجين لا يرجع من فدى منهم صاحبه من بلد الحرب وهو عالم به عليه بما فداه به إلا أن يأمره بذلك، وعلى معنى ما في المدونة في الذي يؤدي كتابته ومعه فيها من ذوي محارمه من لا يعتق عليه أنه يرجع عليه إذا فداه من بلد الحرب علم به أو لم يعلم أمره أو لم يأمره كما لأجنبيين، وأما ذوو الرحم الذين ليسوا من ذوي المحارم فلا اختلاف أعلمه في أنهم كالأجنبيّ، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة على المذهب، وقد مضى في أول سماع أشهب من كتاب الجهاد ما في خارجه من الخلاف في ذلك.

ومن كتاب أوله يدبر ماله.

وسئل ابن القاسم عن النفر من العدو ينزلون بأمان، فإذا فرغوا سرقوا عبيد المسلمين أو بعض الأحرار واحتملوهم فذهبوا بهم ثم رجعوا وهم معهم فنزلوا على أمان ولم يعرفوا فأرادوا أن يبيعوهم، قال: لا يتركوا وذلك، وأرى أن ينزعوا منهم ولا يتركوا أن يبيعوا الأحرار ويطؤا المسلمات، فكلم في ذلك وقيل إنهم قد صاروا حرباً حين رجعوا إلى بلادهم وقد حازوهم واستأمنوا فنزلوا على أمان، فهو بمنزلة ما حازوا من أموال المسلمين ثم استأمنوا وهو في أيديهم، فأبى ذلك وقال: ينتزعون منهم ولا يتركون أن يطئوا المسلمات ويبيعوا

الأحرار وعبيد المسلمين، وإنما مثل ذلك عندي مثل ما لو نزلوا بأمان فداينوا المسلمين ثم هربوا وخرجوا والدين عليهم ثم رجعوا ونزلوا بأمان أليس يقضى عليهم بتلك الديون؟ قال نعم يقضى عليهم وتؤخذ منهم، وكذلك هذا عندي. رجع ابن القاسم وقال لا إلا أن يخرجوا من أيديهم، وأرى أن يوفى لهم لأنهم قد أحرزوهم ولا يتبعوا بما دَايَنُوا عليه المسلمين لأن العهد والأمان شديد.

قال محمد بن رشد: ولا ينبغي للإمام أن ينزلهم على قول ابن القاسم الأول على أن لا يؤخذ منهم شيء من ذلك إن سألوا الأمان على ذلك فإن فعل ولم تكن به قوة على محاربتهم إن ردهم إلى مأمنهم أنفذ الشرط لهم ولم ينتزع منهم شيئاً من ذلك، من أجل ذلك إنهم قد نصوا ذلك نصاً قاله ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن حبيب. وهذا نحو ما روي عن ابن القاسم في أهل الحرب يقدمون بأمان للتجارة فيشترطون ألا يرد عليهم إلا من جُنُونٍ أَوْ جُذامٍ أو بَرَصٍ أن لهم شرطهم خلاف قول سحنون، وقال ابن الماجشون لا ينفذ لهم الشرط ويخيرهم الإمام على كل حال بين أن يؤخذ ذلك منهم أو يردهم إلى حالهم من الحرب، وروى ابن وهب أن الشرط باطل فيأخذ الإمام ذلك منهم كله ولا يخيرهم بين أن يطوعوا بذلك أو يردهم إلى حالهم من الحرب، ولم يقل ابن القاسم هل للإمام في القول الثاني إذا اطلع على ما في أيديهم من هذه الأشياء أن يخيرهم بين أن يردوها طوعاً أو يردهم إلى حالهم من الحرب كما قال في آخر رسم الكبش من سماع يحيى في أهل الذمة وينبغي أن يكون ذلك له قياساً عليها وإن كان ذلك في أهل الذمة أبين لما قد ذكرناه فيها من المعنى، وبالله التوفيق.

ومن كتاب النسمة

وسئل مالك عن الاشتراء من أرض الكنيسة تكون عرصة الكنيسة أو حائطاً فباع ذلك أسقف أهل تلك البلدة وهو الناظر لها

والقائم عليها فهل ترى للرجل أن يتعمد الاشتراء منها؟ فقال لا إن كانت تلك القرية أخذت عنوة بغير صلح فلا ينبغي للأسقف أن يبيع منها شيئاً ولا يشتري أحد منه لأنها فَيْءُ الله على المسلمين، وإن كانت مما افتتح بصلح فلا أرى بأساً إذا كانوا يودون ما عليهم من الصلح أن يبيعوا ما شاءوا.

قال محمد بن رشد: أجاز ابن القاسم في هذه الرواية للرجل أن يشتري من أسقف البلدة الناظر فيها والقائم عليها ما باع من عراص الكنائس والحوائط المحبسة عليها إذا كانت الأرض أرض صلح، ومَنع من ذلك في رواية أصبغ بعد هذا، فوجه إجازته لذلك في هذه الرواية أنهم أهل ذمة أقروا في بلادهم وأخذت منهم الجزية على أن يخلى بينهم وبين إقامة شرائعهم وفعل ما يستبيحون فعله في أديانهم، فإذا قالوا إن من ديننا جواز بيع عراص الكنائس والحوائط المحبسة عليها جاز ابتياع ذلك منهم كما يجوز ابتياع أرض من مات وماله ممن قالوا إن هذا هو وارثه في ديننا وإن كان غير وارث عندنا، وسنتكلم في رواية أصبغ على وجه منعه من ذلك إذا مررنا بذلك إن شاء الله وأما أرض العنوة فلا يجوز لهم أن يبيعوا منها شيئاً لأن جميعها فَيْءُ الله على المسلمين: الكنائس وغَيْرُهَا، وقد اختلف إذا تركوا فيها لعمارتها فقيل إنها تهدم، وقيل إنها لا تهدم، ويباح لهم عمارتها على أنها ملك للمسلمين لا لهم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الجواب

وسألته عن الأسير من العدو يصير لرجل من المسلمين فيفدي نفسه من سيده بوصيفة يدفعها إليه فتستحق حرة يستحقها رجل أنها ابنته أصابها العدو، وقد لحق الأسير بأرضه أو لم يلحق، قال ابن القاسم: الجارية حرة ثم لا يتبع بشيء قليل ولا كثير لأن الأسير وماله للمسلمين، فإن كان في ماله أحرار أَوْ حرة وقد كان أحرزهما

في أرضه خُلي سبيلهما ولم يكن عليهما شيء وكانا كما غنم المسلمون من ذلك مما كان العدو قد سَبَوْهُ وأحرزوه، فهذه الجارية في مسألتك حرة على كل حال متى ما علم بذلك لا يتبع بشيء لا بثمن ولا بقيمة، ويرجع السيد على العلج بقيمة الجارية، بمنزلة عبد اشترى نفسه من سيده بجارية أو مكاتب قَاطَعَ سيده بجارية فاستحقت فسيده يرجع عليه بقيمتها قيمة الجارية فكذلك الأسير، وليس الأسير الذي يسبى فيما كان من الأحرار بمنزلة الذي يدخل بأمان، فإذا دخل بأمان وهم معه فهم له مال من ماله لا يعرض لهم فيه ولا يحال بينه وبين بيع ولا وطء، فإن اشتراهم أحد فهم أحرار لا يسترقون، ويتبعهم المشتري بالأثمان بمنزلة ما اشترى منهم بدار الحرب ويخرج بهم سواء.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة أن الأسير الذي صار لرجل من المسلمين فدى نفسه من سيده بوصيفة له ببلد الحرب على أن يستخرجها ويدفعها إليه فتستحق حرة إذا استخرجها ودفعها إليه، ولهذا قال: إن السيد يرجع عليه بقيمتها كالعبد يشتري نفسه من سيده بجارية يريد موصوفة فتستحق أن السيد يرجع عليه بقيمتها، والوجه في ذلك أنها لم تكن عنده يوم افتدى بها نفسه حكم لها بحكم الموصوفة، ولو كانت عنده يوم فدى بها نفسه بأن تكون كانت سُبِيَتْ معه فلم تنزع منه حتى بيعت معه من هذا الرجل فأخذها منه وسرحها لم يكن له عليه رجوع بقيمتها على مذهبه في المدونة فيمن أعتق عبده على جارية بيده فاستحقت بحرية منه أو ملك أنه لا رجوع له عليه بقيمتها لأنه كأنه إنما انتزعها منه وأعتقه، وقوله إن الجارية حرة بكون الأسير ملكاً للمسلمين بالسباء إذا كان قد أحرزها في بلاد الحرب خلاف قول ربيعة في المدونة في الذي اشترى عبداً من ٱلْفَيْء فدل سيده على ماله في أرض العدوّ أنّ ذلك المال مال حرب ليس للسيد ولا للعبد فيه شيء ولا للجيش، إذا كان إنما دله عليه في جيش آخر، وخلاف مذهب ابن القاسم

وروايته عن مالك في الذي أسلم في بلاد الحرب وخرج مسلماً وخلف أهله وماله وولده في بلد الحرب فغزا المسلمون تلك الدار فأصابوا أهله وماله وولده في بلد الحرب انهم فَيْءٌ لذلك الجيش، مثل قول بعض الرواة في كتاب النكاح إن ملكه لا يسقط عن ماله فهو أحق به إن أدركه قبل القسم بغير الثمن وبعده بالثمن، وأما قوله في الذي يدخل بأمان وبيده أَسْرَى للمسلمين إنه لا يعرض لهم فيه ولا يحال بينه وبينهم في بيع ولا وطء فهو معلوم من مذهب ابن القاسم، وقد تقدم ذلك والقول فيه في سماع سحنون من الجهاد وفي غير ما موضع.

ومن كتاب العتق

وقال ابن القاسم في رجل باع من حَرْبِيٍّ في عهدة سلعة بدينار أو أسلفه ديناراً فسبي الحربيُّ وأخذ له مال هل يكون المسلف أو البائع أحق بماله من الجيش وإن كان الحربيّ قد استودع مسلماً وديعة أو كانت له عليه دنانير من سلف أو بيع، قال أما ما كان له من مال عند مسلم من وديعة أو بيع أو سلف أو غير ذلك فحيثما وجد له مال فهو فَيْءٌ لجميع المسلمين، فإن كان عليه دين فغرماؤه أحق به إذا كان على ما ذكرت مما كان له في الإسلام من وديعة أو دين وكل ما لم يُوجَفْ عليه بخيل ولا ركاب، فأما ما أوجف عليه بالخيل والركاب فالمسلمون أحق به من غرمائه وهو لهم.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في سماع أصبغ بعد هذا سواء والفرق بين ما كان له في بلد الإسلام وبين ما غنم من ماله في بلاد الحرب أن من عامله أو أسلفه إنما عامله أو أسلفه على ما خرج به إلى بلد الإسلام لا على ماله في بلاد الحرب لامتناعه فيه، فلم يتعين له فيه حق، وقد وجب ذلك لمن غنمه لقوله عز وجل: ﴿ وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لله خُمُسَهُ ﴾(٤٢) الآية ولا

(٤٢) الآية ٤١ من الأنفال.

يعارض هذا ما في آخر كتاب التفليس من المدونة في المرتَدّ يهرب بماله إلى بلد الحرب فقاتل مع المشركين فغنم المسلمون ماله أنــه يبدأ فيه بما عليه من الديون ويكون الباقي فيها للجيش لأن الغرماء إنما عاملوه على ماله الذي هرب به، وقد كان وجب لغرمائه من الحق أن يَبْدَأُوا بحقوقهم فيه فليس هروبه بالذي يسقط حقهم فيه، ولو هرب إلى بلاد الحرب بغير مال فاكتسب فيه مالا وغنم المسلمون لما وجب لغرمائه فيه حق على هذا التعليل، ولو أن الحربيَّ على قياس هذا لما استأمن عامل الناس فاستسلفهم واشترى منهم بالديون ثم هرب بماله إلى بلد الحرب فغنمه المسلمون وعلم أنه المال بعينه الذي هرب به وعامله عليه المسلمون لوجب أن يبدأوا فيه بديونهم ويكون الباقي فَيْئاً لجميع المسلمين على حكم مال المُرْتَـدّ إذ ليس بملك معين على أصلهم فيما وجد في الغنيمة من أموال المسلمين أنــه يقسم وإن علم أنه للمسلمين إذا لم يعلم صاحبه بعينه وبالله التوفيق.

ومن سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم
من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن عِلْجَيْن من أهل الحرب خرجا إلى دار الإسلام برقيق لهما ومنها ما(. . . [٤٣]) مِن بلادهما، فلما خرجا إلى دار الإسلام أسلم أحدهما فقال: لو أقاما على النصرانية جميعاً أو أسلما جميعاً قسمت بينهما كل ما كان في أيديهما مما تداعيا فيه إلا أن يعرف ذلك في يد أحدهما دون صاحبه، فأما إذا أسلم أحدهما فأمر المقيم على دينه إلى الإمام، والإمام فيما كان في أيديهما على مثل دعوى النصراني. وإن أقر النصراني أنه لا حق له في الرقيق والمتاع وقد كان يعرف جميع ذلك في أيديهما لم ينتفع المسلم بذلك الإقرار لأنه بمنزلة العبد، ولكن للإمام أن يقاسم المسلم إذا لم يعرف

(٤٣) البياض موضع كلمة تعذرت قراءتها.

لواحد منهما دون صاحبه، قيل له: فإن أنكر أولئك الرقيق أن يكونوا لهما أو في أيديهما أو ادعوا الحرية.؟ قال: فهم أجمعون بمنزلة واحدة لا يرق أحد منهم لصاحبه إلا أن يقوم لأحدهم بيّنة أن هؤلاء الرقيق أو بعضهم معروفون في يديه يستحقهم بذلك، قال ابن القاسم: ومن أسلم منهم فماله له، ولا سبيل عليه، ومن أقام على دينه وخرج بغير عهد فأمره إلى السلطان أن يضرب عليه الجزية أو يصنع في أمره أحسن ما يراه نظراً للعامة.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة والذي تكلم عليه فيها أن العِلْجَيْن خرجا برقيق لهما بغير عهد ولا أمان ولو خرجا بأمان وعهد لم يكن للإمام في رقيقهما كلام أسلما أو لم يسلما، أو أسلم أحدهما لأنها أموالهما لا يصح انتزاعها منهما أسلما أو لم يسلما فيقسمانها بينهما على كل حال، وإذا كانا قد خرجا بغير عهد ولا أمان فأمرهما إلى السلطان لأنهما وما في أيديهما من الرقيق فَيْءٌ لأهل الإسلام أسلما أو لم يسلما، لأن من خرج بغير عهد فأخذه الإمام فالنظر فيه إليه بما ينظر فيه في الأَسْرَى إن رأى أن يقتله قتله، وإن رأى أن يسترقه استرقه، فإن أسلم حرم قتله وبقي رقيقاً للمسلمين، فقوله في هذه الرواية إن أسلما جميعاً قسمت بينهما كلّ ما كان في أيديهما، وإن أسلم أحدهما فأمر المقيم على دينه إلى الإمام، ومن أسلم منهم فماله له ولا سبيل عليه معناه إذا كان إسلامهما أو إسلام من أسلم منهما قبل أن يعثر عليه، وبهذا التأويل تستقيم المسألة، لأن من أسلم منهما قبل أن يعثر عليه فهو حر يكون له ماله، ولا سبيل إلى استرقاقه، ومن لم يسلم حتى عثر عليه وأخذ يكون هو وماله فَيْئاً للمسلمين، وإن أسلم بعد ذلك، إلا أَنَّ قوله لو أقاما على النصرانية جميعاً [قسمت بينهما][44] كل ما كان في أيديهما فإنه لفظ وقع على غير تحصيل، ويحتمل أن يكون معناه إذا رأى الإمام من النظر أن يعقد لهما الذمّة ويضرب عليهما الجزية ويقرّ أموالهما بأيديهما، فهذا مما للإمام أن يفعله إن رآه وجه النظر

(٤٤) إضافة من ق ١.

على ما قد مضى في أول رسم من سماع أشهب من كتاب الجهاد.

مَسْألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يُصيبُ العدو امرأته ثم يدخل الرجل إلى أرض العدو للمُفَادَاةِ أو التجارة فيجد امرأته فتقول له افدني وأنا أضع عنك مَهْري ففداها ثم خرج بها أيكون مهرها موضوعاً عنه؟ فقال: إن كانت قالت له افدني ولم توقت شيئاً للفدية لم يحل ما تعاملا عليه، فداها بمثل الذي كان عليه أو أقل أو أكثر من صنفه أ و من غير صنفه لأنهما تخاطرا إذا لم تنص شيئاً معلوماً في فِدْيَتِهَا تضع المهر به، فالمهر له لازم وغرم ما افتداها به لازم للمرأة تؤديه إلى الرجل، قال: فإن نصت شيئاً معلوماً يفديها به فإنه ينظر إلى ما كان عليه من المهر، وإن كانت عليه دنانير وسألته أن يفديها بدراهم لم يصلح ذلك بقليل الدراهم ولا كثيرها إلا أن تقبض هي الدراهم على وجه المصارفة والاقتضاء للذي عليه من المهر فيتصارفان فيه قبل أن يفترقا ثم تدفع ذلك إليه يفديها به، قال وكذلك إذا كان المهر دراهم فسألته أن يفديها بدنانير تنصها لأن الصرف يدخله وهو لا يحل إلا بالمناجزة وذلك إذا كان المهر حالاً، قال: وإن كان الذي عليه الدنانير فأمرته أن يفديها بدنانير على أن تضع المهر عنه فإن كان المهر حالاً فلا بأس أن يفديها بمثل الذي عليه لها من دنانير المهر وبأقلّ وبأكثر بعد أن ينص ما يفديها به فيخرجان من حدّ المخاطرة والقمار، وذلك إذا نصت ما تفدى به من الدنانير على أن تضع عنه مَهْراً حالاً من دنانير، فإن كان الذي سألت أن تفدى به أقل من مهرها فقد رضيت أن تقتضي من دين لها حالٍ بعضه وتترك بعضه، وإن كان قدر المهر فهو الاقتضاء بعينه، وإن نصت أكثر من المهر فرضي الزوج بذلك وهو حال عليه

فهو رجل قضاها حقهاوتطوع لها بالزيادة في افتدائها، قال: وإن كان المهر دنانير أو دراهم لم تحل بعد لم يصلح له أن يفتديها بأقلّ من الذي عليه لأنه إن كان بأقل كان من وجه الوضيعة عنه على تعجيل القضاء، وإن كان أكثر فلا خير فيه لأنه يدخله بيع الذهب بالذهب متفاضلاً إلى أجل وهو مما لا يحل، قال: وإن كان الذي عليه من المهر عروضاً فأسلك بها سبيل الذهب والورق إن أرادت أن يفتديها بمثل تلك العروض في جودتها وجنسها ولا بأس إذا كانت عليه دنانير أو دراهم أن يفتديها من العروض بما أحب من قليل أو كثير، حلّ أجل المهر أو لم يحل إذا نصت ما تفتدى به من المهر، وكذلك إذا كان المهر عروضاً فلا بأس أن يفتديها بما أحب من العروض المخالفة التي عليه أو بالدراهم والدنانير بأقل من ذلك أو أكثر حل أجل المهر أو لم يحل إذا كان في جميع ما وصفت لك تعجيل الفدية ولا يؤخرها فإن تأخرت فيما أجزت له من اختلاف العروض واختلاف الدنانير والدراهم والعروض لم يصلح لأن الدَّيْن بالدين يدخله، وإن كان المهر الذي عليه طعاماً لم يصلح أن يفديها شيء من الأشياء غير صنف ذلك الطعام لا بقليل الفدية ولا بكثيرها لأن بيع الطعام قبل الاستيفاء يدخله، ولا بأس أن يفتديها من الطعام بمثل الذي وجب عليه لها من صنفه في قدر مكيلته حل أجل المهر أو لم يحل، وإن لم يحل الأجل لم يصلح أن يفتديها بأقل من المكيلة من صنف الطعام ولا بأكثر من المكيلة.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: وإن كان المهر دنانير أو دراهم لم تحل بعد ففداها بأكثر مما عليه فلا خير فيه لأنه يدخله بيع الذهب بالذهب متفاضلاً إلى أجل وهو مما لا يحل، ليس بصحيح لأنه عجل لها حقها وزادها فلا يدخله شيء لأن له أن يعجل العين بخلاف العرض، ولو كان المهر الذي عليه عرضاً لم يجز أن يفتديها بأكثر منه ولا بأقل لأنه في الأكثر حط عني

الضمان وأزيدك، وفي الأقل ضع وتعجل، وفي قوله آخر المسألة: ولا بأس أن يفتديها من الطعام بمثل الذي وجب عليه لها من صنفه في قدر مكيلته حل أجل المهر أو لم يحل نظر، لأن من أسلم إلى رجل في طعام فلا يجوز له أن يأخذ منه في غير البلد قبل الأجل مثل طعامه، فلا يصح قوله إلا إذا أعطى الطعام في البلد الذي كان عليه الطعام فيه، وسائر المسألة كلها صحيح على أصولهم في البيوع بيِّنَة المعنى فلا وجه للكلام فيها.

ومن كتاب الصلاة

وسئل ابن القاسم عمن يهلك من أهل الصلح والعنوة ممن لا يدع وارثاً يرثه أيرثه المسلمون عامة؟ فقال: أما أهل الصلح فميراث من لا وارث له منهم من ذوي قرابته لأهل مواده لا يكون من مواريثهم شيء للمسلمين، وذلك أن موته لا يضع عمن بقي من أصحابه شيء مما صالحوا عليه فميراثه لهم وجزيته عليهم، وأما أهل العنوة فإن من مات منهم ولا وارث له من ذوي قرابته فميراثه للمسلمين، قيل له كيف يعرف إن كان ترك وارثاً أو لا وفرائضهم في سنتهم مخالفة لفرائضنا؟ فقال: ترد ذلك إلى أساقفتهم، فإن قالوا ليس له وارث يرثه في ديننا من ذوي قرابته أخذ ميراثه للمسلمين، وإن قالوا ترثه خالته أو عمته أو ذات رحم من جميع ماله في ديننا وفرائضنا وإن تباعدت قرابتها وقرابة من ورثه من أساقفتهم من رجال قرابته أو نسائهم فذلك إليهم يدينونه.

قال محمد بن رشد: قوله في أهل العنوة إن من مات منهم ولا وارث له من ذوي قرابته فميراثه للمسلمين هو مثل ما في سماع يحيى أيضاً من كتاب الاستلحاق أنهم في موارثيهم وأهل الصلح سواء ومثل ما في الواضحة، وهذا يأتي على رواية عيسى عن ابن القاسم التي تقدمت في هذا الكتاب أنهم أحرار ولا ينظر إلى شعور نسائهم وتكون دية من قتل منهم

خمسمائة دينار، وعليه يأتي أيضاً قول ابن حبيب في الواضحة أن من أسلم منهم فماله له. ويلزم على قياس ذلك أن يمْنعوا من هبة أموالهم والصدقة بها وأن يحكم عليها بذلك للمسلمين، وهو ظاهر ما في كتاب الهبة والصدقة من المدونة إذْ لم يفرق بين أهل العنوة وأهل الصلح كما فعل غير ابن القاسم ولا يمنعوا من الوصايا بجميع أموالهم إلا إذا لم يكن لهم وارث من أهل دينهم وكان ميراثهم للمسلمين. ويأتي على رواية سحنون عن ابن القاسم بعد هذا أنهم في حكم العبيد المأذون لهم في التجارة فيجوز لهم بيع رقيقهم ولا يجوز لهم أن يهبوا أو يتصدقوا بشيء من أموالهم ولا يكون لهم منها شيء بإسلامهم لأنهم لا يتوارثون، وميراث من مات منهم للمسلمين كان له وارث من قرابته أو لم يكن، وهو ظاهر قول سحنون في سماع عيسى من كتاب السلطان، ولا يحرم النظر إلى شعورهن ويكون على من قتل أحداً منهم خطأً أو عمداً قيمته بالغاً ما بلغت للمسلمين، ولا يجوز للمسلمين تزويج نسائهم وإن كان لم يحرم ذلك في الرواية مراعاة للاختلاف، فالقياس على أصله في أنهم عبيد أن ذلك لا يجوز لقوله عز وجل: ﴿ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ﴾(٤٥) ولا اختلاف في المذهب في أن الأرض للمسلمين لايجوز لهم بيعها ولا يكون لهم فيها ميراث ولا يكون لهم إن أسلموا، وأما أهل الصلح فمذهب ابن القاسم أن أرضهم لهم يبيعونها ويورثونها وتكون لهم إن أسلموا، كانت عليها جزية أو لم تكن، كانت الجزية على جماجمهم أو مجملة عليهم لا ينقصون منها شَيْئاً بموت من مات منهم، وفرق في توارثهم بين أن تكون الجزية على جماجمهم أو مجملة عليهم فقال: : إنها إن كانت على جماجمهم كان ميراث من مات منهم ولا وارث له من أهل دينه للمسلمين ولم تجز له وصية إلا في ثلث ماله، وإن كانت الجزية مجملة عليهم لا ينقصون منها شيئاً بموت من مات منهم كان ميراث من مات منهم ولا وارث له من أهل دينه لأهل مواده، وذهب ابن حبيب إلى عكس قول ابن القاسم في الطرفيْن فساوى بين أن تكون الجزية على جماجمهم أو مجملة عليهم فقال: إنها إن كانت على جماجمهم كان ميراث

(٤٥) الآية ٢٥ من النساء.

من مات منهم ولا وارث له من أهل دينه للمسلمين ولم تجز له وصية إلا في ثلث ماله، وإن كانت الجزية مجملة عليهم لا ينقصون منها شيئاً بموت من مات منهم كان ميراث من مات منهم ولا وارث له من أهل دينه لأهل مواده، وذهب ابن حبيب إلى عكس قول ابن القاسم في الطرفين فساوى بين أن تكون الجزية على جماجمهم أو مجملة عليهم في أن من مات منهم ولا وارث له من أهل دينه فميراثه للمسلمين، وفرق بين أن تكون الجزية على جماجمهم أو مجملة عليهم في حكم أرضهم فقال: إنها إن كانت على جماجمهم كان لها حكم أموالهم يبيعونها وتكون لهم إن أسلموا عليها ويتوارثونها إلا أن لا يكون لهم وارث من أهل دينهم فيرثه المسلمون، وإن كانت مجملة عليهم كانت موقوفة للخراج لا يكون لهم أن يبيعوها ولا يكون لمن أسلم منهم أرضه، ولا يكون للمسلمين أرض من مات منهم ولا وارث له من قرابته لأنها موقوفة للخراج على كل حال، وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز لهم بيع أرضهم إلا أن تكون على الأرض جزية فيأتي في بيع أرضهم ثلاثة أقوال: أحدها أن لهم أن يبيعوها على كل حال، وهو مذهب ابن القاسم، والثاني الفرق بين أن تكون الجزية على جماجمهم أو مجملة عليهم، وهو قول ابن حبيب، والثالث الفرق بين أن تكون على الأرض جزية أو لا يكون عليها جزية، وهو قول مالك في رواية ابن نافع عنه، واختلف ابن القاسم وأشهب إذا باع الصلحيّ أرضه وعليها جزية فقال أشهب يكون الخراج على المبتاع ما لم يسلم البائع أو يموت، وقال ابن القاسم يبقى الخراج في الأرض على البائع كما كان عليه، ولا يجوز أن يشترطه على المبتاع، فإن اشترطه عليه فسد البيع.

ومن كتاب أوله
يشتري الدور والمزارع

قال يحيى: قال ابن القاسم في الروم يقْدمون بـالعبيد من فحوص الصقالبة إنه ينبغي للإمام أن يمنعهم من بيـع أولئك الرقيق من غير المسلمين، لا يبيعونها من اليهود ولا من النصارى ولا من

المجوس لا صغيراً منهم ولا كبيراً، وذلك أنهم يصيرون إلى دين من ملكهم. قلت له: أرأيت من وجد في يد اليهود والنصارى قد اشتروهم أيردوا(٤٦) على الروم الذين باعوهم منهم؟ قال: بل يباعوا(٤٧) على الذين وجدوا في أيديهم من اليهود والنصارى، قيل له: أرأيت إن وجدوا قد تهودوا أو تنصروا؟ قال: أرى إذا صاروا إلى غير دين الإسلام أن يقروا في أيدي الذين اشتروهم يهوداً كانوا أو نصارى أو مجوساً، وذلك أنهم لم يكونوا يجرون على الإسلام لو ملكهم المسلمون، فان تهودوا أو تنصروا فلا أرى أن يباعوا على من ملكهم من أهل الكتاب أو المجوس لأنهم إنما يمنعوا(٤٨) من ملك المسلمين، قال وإذا تقدم إليهم ألا يشتروهم ثم تعدوا واشتروا ووجدوا في أيديهم قد تنصروا أو تهوّدوا رأيت أن يعاقب الذين هودوهم أو نصروهم وينكلوا حتى لا يعودوا إلى مثل ذلك.

قال **محمد بن رشد**: في ٱلْمَدَنِيَّةِ لمالك من رواية ابن القاسم عنه أنهم لا يمنعون من بيعهم منهم، قال ابن القاسم: وإنما رأيت مالكاً أجاز للروم بيع الصقالبة من النصارى واليهود بموضع عهدهم الذي نزلوا عليه، فهم يصنعون بما في أيديهم ما أحبوا، ولو أرادوا أن يردوهم إلى بلادهم كان ذلك لهم ولم يحل لك منعهم، فكما كان يجوز لهم أن يردوهم فكذلك يجوز لهم أن يبيعوهم ممن أحبوا ابتغاء الفضل لما قدموا به، وهذا وجه ما رأيت مالكاً رحمه الله نحا إليه، فإذا أوجب على الإمام في هذه الرواية أن يمنعهم من بيعهم من غير المسلمين فكذلك يجب عليه على مذهبه فيها أن يمنعهم من الرجوع بهم إلى بلادهم خلاف رواية سحنون بعد هذا، وإذا أوجب ذلك عليه في المجوس فأحرى أن يجب ذلك عليه فيمن أسلم من رقيقهم، فرواية

(٤٦) كذا بالأصل ومثله في ق ١ والعربية فيه: يردون مرفوعاً بالنون.

(٤٧) صوابه: يباعون.

(٤٨) الصواب فيه: يمنعون.

يحيى هذه مخالفة ما في سماع سحنون وعيسى من هذا الكتاب وخلاف ما في سماع سحنون أيضاً من كتاب الجهاد أن لهم أن يرجعوا من أسلم من رقيقهم ولا يحال بينهم وبين ذلك. وقوله في هذه الرواية إنهم يباعون على الذين وجدوا في أيديهم من اليهود والنصارى خلاف ما تقدم في رسم الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم وقد مضى هنالك ما في ذلك من الاختلاف، ولم يفرق في هذه الرواية أيضاً بين صغار المجوس وكبارهم مثل ما يأتي في سماع أصبغ بعد هذا خلاف ما مضى في سماع ابن القاسم، وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم من كتاب الجنائز في أول سماع أصبغ من كتاب الصلاة، وقد اختلف في المسلم يشتري المجوسيّ من المستأمن أو من الذميّ فيسلم عنده ثم يجد به عيباً،فقيل ذلك فوت ويرجع بقيمة العيب، قاله ابن الماجشون وأشهب، وقيل ليس بفَوْتٍ ويرد عليه ثم يباع عليه ثانية، قاله ابن القاسم، والقولان جاريان على الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو ابتداء بيع، وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وأشهب.

من سماع سحنون
وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون: قال ابن القاسم: قال مالك: إذا أسلم أهل العُنوة أخذ منهم دراهمهم ودنانيرهم وعبيدهم وكل مالهم، فقلت لابن القاسم فيجوز بيع رقيقهم؟ فقال لي: أراه جائزاً من قبل أن أمرهم كأنهم إنما تركوا على ذلك وكأنهم أذن لهم في التجارة فإنما يمنعوا[٤٩] من أن يهبوا أو يتصدقوا أو يفسدوا أموالهم، فقلت له: فتزويج بناتهم؟ فقال: ما أحبه، وإني لأتقيه، وما أراه حراماً.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية إن أهل العنوة

(٤٩) صوابه: يمنعون.

إذا أسلموا لا يكون لهم مالهم ويؤخذ منهم صحيح على أصله فيها أنهم في حكم العبيد المأذون لهم في التجارة، وقال ابن حبيب: إذا أسلموا كان لهم مالهم ولم ينتزع منهم لقول النبي عليه السلام: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ»(٥٠) وهو الذي يأتي على ما مضى في رسم لم يدرك من سماع عيسى من أنهم أحرار، وقد مضى القول على ذلك هنالك، وعلى قول ابن المواز في تفرقته بين ما كان بأيديهم يوم الفتح وبين ما استفادوه بعد ذلك، ومضى في رسم الصلاة من سماع يحيى ما فيه بيان هذه المسألة.

مسألة

وسألته عن الروم إذا نزلوا للتجارة معهم رقيق مجوس فنزلوا على أن لنا العشر ثم أرادوا الانصراف، قال يقاسمون ويؤخذ منهم ما صار للمسلمين وينقلبون بما بقي، قلت: فإن أسلم الرقيق كلهم ثم أرادوا الرجوع بهم؟ قال ذلك لهم بعد أن تؤخذ عشرهم(٥١) واحتج بمسألة الروم الذين أرسلوا إلى أمير المؤمنين واحتج بفعل النبي ﷺ في أبي جندل.

قال محمد بن رشد: هذا المعلوم المشهور من مذهب ابن القاسم، وحجته بفعل النبي ﷺ في أبي جندل ليست بِبَيِّنَةٍ لأن النبي عليه السلام إنما رد أبا جندل بالشرط الذي كان صالح عليه أهل مكة، ولا شرط للروم علينا في الرجوع بمن أسلم من رقيقهم، وقد ذكر ابن حبيب أن قول ابن القاسم هذا لم يتابعه عليه أحد من أصحاب مالك، وقد مضى في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى ما هو خلاف لقول ابن القاسم هذا مثل ما ذهب إليه ابن حبيب، فقف على ذلك.

---

(٥٠) لم أقف عليه.

(٥١) كذا.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن أرض الصلح إذا صالحوا على ألف دينار يكون عليهم في كل عام أهو مثل أن يصالحوا على أن على جماجمهم دينارين وعلى الأرض مبذر كذا وكذا، وعلى كل زيتونة كذا وكذا أهو سواء؟ قال نعم، هو كذلك عندي يجوز لهم بيعها، وإذا أسلموا عليها وضعت عنهم الجزية.

قال محمد بن رشد: ساوى ابن القاسم في هذه الرواية في جواز بيع أرض الصلح بين أن تكون الجزية مجملة عليهم أو مقصوصة على جماجمهم وعلى الأرض، أو على جماجمهم دون الأرض، وقد مضى ما في هذا من الاختلاف وتحصيل القول فيه في رسم الصلاة من سماع يحيى، فلا معنى لإعادته هنا، وبالله التوفيق.

من سماع عبد الملك بن الحسن
من أشهب وابن وهب

قال عبد الملك: سئل أشهب عن الرهبان إذا كانوا في أرض الإسلام هل عليهم جزية كانوا في صوامع أو غيرها؟ فقال: كل شيء وقع عليه اسم الترهيب فلا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول على هذه المسألة في أول سماع أشهب من كتاب الجهاد، فلا معنى لإعادته هنا، والله الموفق.

مسألة

وسئل عن الرجل تكون أمه نصرانية عمياء فتسأله المسير معها إلى الكنيسة. هل ترى له سَعَةً في المسير بها إلى الكنيسة؟ فقال: لا أرى بأساً أن يسير بها حتى يبلغها ولا يدخلها الكنيسة. فقيل له:

أفيعطيها نفقة لعبدها؟ قال: نعم يعطيها نفقة لطعامها وشرابها ولا يعطيها ما تعطي في كنيستها.

قال محمد بن رشد: رأى المسير معها إلى الكنيسة أحق من أن يعطيها ما تعطي فيها لأن مسيره معها إلى الكنيسة لا منفعة فيه للكنيسة، وإنما هو عون لأمه على الوصول إليها وإعطاؤها ما تعطي في الكنيسة منفعة لها وسبب لعمارتها بمثابة أن لو أعطى ذلك هو فيها، وفي المبسوطة لمالك أنه لا يسوغ له أن يسير معها إلى الكنيسة، وهو أصل قد اختلف فيه قول مالك، وقد بين في رسم تسلف في المتاع والحيوان المضمون من سماع ابن القاسم وجه الاختلاف في ذلك.

مسألة

وسألت ابن وهب عن بيع رقيق اليهود من النصارى ورقيق النصارى من اليهود هل ترى ذلك واسعاً؟ قال لا ينبغي ذلك ولا يجوز، وسئل عنها سحنون فقال: ذلك مكروه، وإنما كره ذلك من ناحية العداوة التي بينهم.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة متكررة في هذا السماع من كتاب جامع العيوب. والعداوة هنا عنها هي ما أخبر الله به من قول بعضهم في بعض للتنافس الذي بينهم إذ هم جميعاً أهل الكتاب فقال تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ لَيْسَتِ ٱلنَّصَارَى عَلَىٰ شَيْءٍ وَقَالَتِ ٱلنَّصَارَى لَيْسَتِ ٱلْيَهُودُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾(٥٢) يريد: كلّ طائفة منها ليست لصاحبتها على شيء منذ دانت دينها وكفرت اليهود بعيسى والنصارى بموسى صلى الله عليهما، فكذب الله الطائفتين بقوله: ﴿وَهُمْ يَتْلُونَ ٱلْكِتَابَ﴾(٥٣) يريد التوراة والإنجيل، لأن التوراة تصدق

---

(٥٢) الآية ١١٣ من البقرة.

(٥٣) الآية ١١٣ من البقرة.

بعيسى والإنجيل يصدق بموسى كما أنهما جميعاً يصدقان النبي عليه السلام. فإن وقع ذلك ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه أنه يجبر على بيعه، وروى ذلك زياد عن مالك، ولا يدخل ذلك من الاختلاف ما دخل في النصراني يشتري المسلم على ما مضى في رسم أوله يشتري الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم، وقد ذهب بعض الناس إلى أن ذلك مخالف لما في سماع ابن القاسم والمدونة من إجازة بيع كبار المجوس من اليهود والنصارى لأن الدينين مختلفان أيضاً، وليس ذلك بصحيح، إذ لا تنافس بين المجوس وأهل الكتاب، إذ ليسوا بأهل كتاب، ولا جاء بعداوتهم نص كتاب الله تعالى.

من سماع أصبغ بن الفرج
من ابن القاسم من كتاب البيوع الثاني

قال يحيى: وسئل ابن القاسم عن العبد النصرانيّ يباع من أهل دينه من أهل الحرب، قال: لا أرى ذلك، أخاف أن يكون عورة على المسلمين ودليلاً على ذلك، ولولا ذلك لم أكرهه إذا ثبت على دينه وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: قد بين ابن القاسم وجه كراهيته لذلك بياناً لا زيادة عليه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الجامع

وسئل ابن القاسم عن نصرانيّ دفع إلى نصراني طيراً صاده بأن يبيعه ويجعل ثمنه في الكنيسة فمر به على مسلم فسأله فأخبره قصته وما أمر به في ثمنه فأراد المسلم شراءه، قال: أرى ذلك خفيفاً، قال أصبغ لا يعجبني ولا أراه في سعة، وأراه في إثم وحرج، وأراه عوناً على شرائع الكفر وتعظيم الكنائس وعمارتها، والذي يفعل هذا وشبهه مسلم سوء مريض الإيمان.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم محض القياس، وقول أصبغ نهاية الورع، وقد مضى في رسم تسلف من سماع ابن القاسم ما يدل على توجيه كل واحد من القولين.

مسألة

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم قال في الديارات وما يباع منها إذا باعها أسقف الكنيسة في خراجها وفي مرمّة الكنيسة، وإنها حبست تلك الأرض في صلاحها إنه لا يباع منها شيء ولا يجوز شراؤه لمسلم، ولا يجوز لهم في أحباسهم التي يحبسونها على وجه التقرب إلا ما يجوز للمسلمين في أحباسهم، قال أصبغ مثله في المسلم لا يشتريه على حال نحو التي فوقها، قال: ولا يحكم حَكَمُ المسلمين في منع بيعها ولا رده ولا الأمر به ولا إنفاذ حبسها ولا جوازه ولا أرى أن يسعه ذلك.

قال محمد بن رشد: لم يجز ابن القاسم في هذه الرواية للرجل أن يشتري من أسقف أهل بلدة الصلح الديارات المحبسة على إصلاح الكنائس إذا باعها في مرمّتها أو في خراجهم خلاف ما مضى من قوله في رسم النسمة من سماع عيسى، والوجه في ذلك أنه لو تنازع فيها الذي حبسها والأسقف فأراد الذي حبسها أن لا تباع تلك الديارات بغير اختيار محبسها وتبقى موقوفة على ما حبسها عليه من أن تكون غلتها في إصلاح الكنيسة وأراد الأسقف أن يبيعها في إصلاح الكنيسة أو فيما لزمهم من الخراج وتحاكموا في ذلك إلى حَكَم المسلمين ورضوا بحُكْمه لكان الواجب عليه إن اختار أن يحكم بينهم بحكم المسلمين الذي هو أن لا تباع الديارات بغير اختيار محبسها إذ لم يطلق ذلك فيها، وإنما أراد أن تكون موقوفة لا تباع، وهذا معنى قول ابن القاسم لا يجوز لهم في أحباسهم التي يحبسونها على وجه التقرب إلا ما يجوز للمسلمين في أحباسهم، لأن المحبس لها لو أراد أن يرجع فيها حبس على الكنيسة لما جاز

ذلك له، ويمنعه من ذلك حاكم المسلمين، هذا ما لا يصح أن يكون، ابن القاسم أراده كما تأول أصبغ عليه لأن التحبيس على الكنيسة معصية لله لا طاعة له، ولا يحل أن يحكم على من أوجب على نفسه معصية بتنفيذها، وإذا لم يكن للأسقف أن يحكم على المحبس ببيع ما حبس بغير اختياره لم يجز للمسلم أن يبتاع ذلك منه كما قال ابن القاسم لا سيما إن باع ذلك في مرمّة الكنيسة لما في ذلك من العون لهم على عمارة كنائسهم وإن كان ذلك عند ابن القاسم خفيفاً على ما قاله في المسألة التي قبل هذه وقول هذه، وقول أصبغ في المسلم لا يشتريه على حال نحو التي فوقها يريد مسألة الطائر إنما يصح في الذي يبيع لمرمّة الكنيسة لما في ذلك من تعظيم الكنائس وعمارتها، وأما الذي يبيع في الخراج فلا وجه لمنعه من ذلك على أصله في إنكار قول ابن القاسم ورد علته.

مسألة

قال أصبغ سمعت ابن وهب يقول في العدو يُدَايِنُون المسلمين إلى أن يرجعوا من قابل فيرجعون فيقولون لا ننزل إلا على أن لا تعدوا علينا غُرَماءَنا فقال: لا ينبغي للإمام أن ينزلهم على ذلك، قيل له: فَإِنْ أنزلهم على ذلك فقام الغرماء، فقال: أرى أن يعديهم القاضي على حقوقهم ويخير الآخرين، فإن أحبوا أن يبيعوا باعوا، وإن أحبوا أن يذهبوا ذهبوا، فإن ذهبوا لم يؤخذ منهم العشر حتى يبيعوا، فإذا باعوا أخذ منهم العشر، قال أصبغ: وإن رفعوا إلى غيرها من سواحل المسلمين فاشتروا تجارة لم يؤخذ منهم إلا ما أخذ.

قال محمد بن رشد: قوله إن الإمام إذا أنزلهم على أن لا يعدي عليهم بالحقوق التي عليهم لا ينفذ ذلك لهم ويعدى عليهم بما عليهم من الحقوق صحيح لا ينبغي أن يختلف فيه، لأنهم اشترطوا إسقاط ما قد أوجبوه على أنفسهم، وإنما اختلف إذا هربوا بالديون التي عليهم ثم نزلوا على أن لا

يعدى عليهم بها على ما قد ذكرناه من الاختلاف في ذلك في رسم زيد من سماع عيسى، فقف على ذلك، وأما قوله إنه لا يؤخذ منهم العشر إلا أن يبيعوا فهو خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة وكتاب ابن المواز في رسم أوصى من سماع عيسى مثل ما لأشهب في كتاب ابن المواز، وقول أصبغ: وإن رفعوا إلى غيرها من سواحل المسلمين فاشتروا تجارة لم يؤخذ منهم إلا ما أخذ، يريد إلى غيرها من سواحل المسلمين في ذلك الأفق، ولو كان الساحل الذي رفعوا إليه في أفق آخر لوجب أن يؤخذ منهم فيه العشر إن اشتروا أو باعوا على مذهب ابن وهب وعلى مذهب ابن القاسم باعوا أو لم يبيعوا وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: قال لي ابن القاسم: كل ما يكون للحَرْبِيِّ من مال عند مسلم من وديعة أو سلف أو بيع وحيث ما وجد له مال مما لم يُوجَفْ عَليه بخيل ولا ركاب ثم سبي بعد ذلك فهو فَيْءٌ للمسلمين، وإن كان عليه دين فغرماؤه أحق به، وإن كان ما أوجف عليه الخيل والركاب فالمسلمون أحق به من غرمائه وهو لهم فَيْءٌ.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة ومضى القول فيها في رسم العتق من سماع عيسى، فلا معنى لإعادته.

مسألة

وسئل أصبغ عن المسلم يشتري العبد المجوسي من المجوسي مثل المجوس الذين يكونون بالعراق بين ظهراني المسلمين قد ثبتوا على مَجُوسِيَّتِهم هم وعبيدهم فيبيع الرجل منهم العبد من المسلمين هل على المسلم أن يجبره على الإسلام؟ قال لا ليس ذلك عليه إنما

هذا فيمن يشتري المسلمون من السبي من الصقالبة وغيرهم من سبي المجوس فأولئك الذين يجبرون على الإسلام.

قال محمد بن رشد: قوله في أهل الذمة من المجوس الذين قد ثبتوا على مجوسيتهم إنه لا يجبر من اشتري من عبيدهم يريد الكفار على الإسلام صحيح لأن المَسْبِيِّين منهم إنما أجبروا على الإسلام من أجل أنهم لم يفقهوا دينهم ولا عقلوه لما هم عليه من الجهل فكان لهم في ذلك حكم الصغار، ولم يفرق في هذه الرواية في المسبيين منهم بين الصغار والكبار في أنهم يجبرون على الإسلام، بل ظاهر قوله أنه إنما تكلم على الكبار دون الصغار كما فعل في الذِّميين، فهو خلاف ما مضى في رسم الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم، والحمد لله، اللهم عونك يا معين.

كتاب تضمين الصناع

من سماع ابن القاسم من مالك من كتاب قطع الشجر

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سئل مالك عن رجل يستعمل القلنسوة من الخياط فيبيعها الخياط فيأتي صاحبُها فيريد إمضاء البيع وأخذ الدراهم من الخياط وأخذ قلنسيته من الذي اشتراها إذا عرفها، قال: أما قبض الدراهم من صاحب القلانس فلا أرى ذلك لأنه كان ضامناً لها حتى يوفيه إياها، وأرى عليه مثلها بعملها له، ولو لم تفت القلنسوة عند مشتريها فشاء أن يأخذها أخذها، قال ابن القاسم: لا أرى مالكاً أجاب فيها إلا أنها كانت مضمونة على الخياط بصفة، فأما أن تكون خرقته بعينها استعملها إياه فله أن يأخذ الثمن الذي باعها به أو قيمتها إن كانت القيمة أكثر من الثمن الذي باع به.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة على ما حملها عليه ابن القاسم وذهب إليه في تأويلها محمد بن المواز أن القلنسية كانت مضمونةً على الخياط وأن الخياط لما أكملها على الصفة التي استعمل عليها أشهد أنها لفلان ثم باعها، فلم ير مالك أن يجيز بيعها ويأخذ الدراهم التي أخذ الخياط فيها إذا كانت قد فاتت عند المشتري، لأنها إذا كانت قد فاتت عنده رجعت على أصلها مضمونة على الخياط، فخشي مالك من ذلك الذريعة إلى الحرام بأن يكون قد

دفع دراهم فيأخذ أكثر منها، وأما إن كانت قائمة عند المشتري وعرف البيع فله أن يجيزه ويأخذ الثمن، كما له أن يأخذها من أجل أنها قد تعينت له بإشهاد الخياط عليها قبل البيع أنها له، فلعله إنما باع ملك نفسه فيخشى في ذلك الذريعة إلى الحرام بدفع دراهم في أكثر منها، فالمسألة آخذة بالطرفين من الضمان والتعين هي مضمونة عليه في الأصل، عليه خلافها إن غابت أو تلفت عنده أو عند المشتري ومتعينة في أنه ليس له أن يمسكها ويعطيه غيرها إلا برضاه وفي أنها إن وجدت عند المشتري، كان أحق بها. وإن شاء أخذ ثمنها. ولو لم تكن مضمونة على الخياط بصفة وإنما كان استعمله خرقة بعينها لكان مخيّراً فهو إن وجدها أخذها لأنها متاعه، وإن لم يجدها كان عليه مثلها، جعل القلنسوة من الأشياء التي يوخذ مثلها لكثرتها. قال في الجلد وهو على شاة استحييت إن له قيمة ذلك أو شراؤه أي مثله، فلما كانت الجلود كثيرة والمثل موجودة فيها جاز أن يعطى مثله وكره أن يأخذ الثمن في ذلك أو القيمة لئلا يصير بيعاً وسلفاً يعطى ثمناً وخرقة ويأخذ ثمناً يقبح فلما قبح وجاءت الضرورة جاز أن يأخذ مثل القلنسية، ولو كانت إرادته ما قال ابن القاسم لما كان له على القلنسية المبيعة سبيل ولكان سلفاً في قلنسية ولما كان له نقض البيع فيها وأخذها لو لم يقع على خرقته فهو غير متبوع.

قال محمد بن رشد: والتأويل الذي ذكرناه على ما حمل ابن القاسم عليه المسألة من أن القلنسية مضمونة على الخياط أو لأن قول ابن لبابة، إذ لو كانت خرقته بعينها استعمله إياها لم يكن في أخذه الثمن أو القيمة كراهة إذا علم البيع ولا دخله بيع وسلف لأخذه ثمن متاعه بعينه أو قيمته بعد ثبوت العداء عليه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن الصناع الصانع والصباغ تسرق بيوتهم فيأتي من له عنده شيء فيقول الصباغ: هذا متاع فلان، وهذا ثوب

فلان، وزعم أن الآخرين سرقت ثيابهم أترى أن يصدق في مثل هذا؟ قال: أرى أن يحلف أصحاب ذلك المتاع أن ذلك المتاع لهم فيأخذونه.

قال محمد بن رشد: اختلف في المفلس يقرُّ بعد التفليس بشيء بعينه من قراض أو وديعة وما أشبه ذلك لمن لا يتهم عليه فقيل: إن إقراره لا يجوز، وهو قول ابن القاسم في آخر كتاب الوصايا الثاني من المدونة وفي رسم البيع والصرف من سماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس، وأحد قولي مالك في أول سماع ابن القاسم وفي سماع أشهب منه، وقال: يقال له: أفسدت أمانتك، ولعلك أن تخص هذا أو تواتيه ليرد عليك، وقيل: إن ذلك جائز يريد مع يمين المقرّ لهم، وهو أحد قولي مالك في رسم العرية من سماع عيسى منه أيضاً، قاله في الصانع يفلس، ولا فرق في هذا بين الصانع وغيره، وفي المسألة قول ثالث إنهم يصدقون إن كانت على الأصل بينة، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد منه أيضاً، وأما إذا سرقت بيوتهم وأحرقت من غير سببهم فلا اختلاف أن إقرارهم بالمتاع جائز لأهل المتاع مع أيمانهم لأن أمانتهم لم تفسد، فقوله في هذه الرواية: أرى أن يحلف أصحاب المتاع أن ذلك المتاع لهم ويأخذونه صحيح لا اختلاف فيه، إذا علم أن بيوتهم سرقت، ولا اختلاف في أنه لا يقبل قول المفلس بعد التفليس فيما يقرّ به من دين في ذمته، وأما قبل أن يُفَلَّسَ ويُقَامَ عليه فيجوز ما أقر به لمن لا يتهم عليه من دين دون يمين ومن قراض أو وديعة أو شيء بعينه أو ما أشبه ذلك من دين على أبيه مع يمين المقر لهم، قال ذلك في آخر كتاب الوصايا الثاني من المدونة. وقد كان بعض الشيوخ لا يفرق في اليمين بعد الدين والشيء المعين فيوجب اليمين في الوجهين، ومنهم من يرى ذلك اختلافاً من القول في الوجهين، والصواب الفرق بينهما لأنه إذا أقر بشيء بعينه فقد خص به المقر له دون الغرماء، فوجب أن يحلف، وإذا أقر بدين فلم يخصه دونهم لأنه أسوة معهم فلم يجب عليه يمين، وبالله التوفيق.

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسئل مالك عن القصارين من أصحاب الصوف يدفع لهم الرجل الخمسمائة ثوب أو أكثر ويشترط عليه قصارتها ويدفع إليه أجرة فيعمد الذي دفع إليه فيستأجر عـليه قصارين مثله فيدفعها إليهم ثم يفر الأول فيجد هؤلاء ثيابهم وقد عملها هؤلاء فيريدون أخذها فيقولون لهم: لم نأخذ أجرتنا فلا ندفع إليكم حتى نستوفي حقوقنا، قال: أرى أن يأخذوا ثيابهم إذا وجدوها ويتبعون هم التي دفعها إليهم بأجرتهم، وكذلك الخياط والفتال يستعمل فيستعمل هو غيره مثل ذلك يأخذون هم ثيابهم إذ كانوا قد دفعوا حقوقهم إلى الأول ويتبع هو العامل الأول.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة جيدة زاد فيها في كتاب ابن المواز تفسيراً فقال: هذا إذا قامت بَيِّنَةٌ أنه دفع الأجرة إلى الصانع الأول، فإن لم تقم بَيِّنَةٌ يحلف الثاني أنه ما قبض أجرته من الهارب ثم يدفع إليه رب الثياب أجرة، وإن كانت إجارة الأول خمسة وهذا عشرة لم يدفع إليه هو إلا خمسة ويتبع الهارب بما بقي ويأخذ هذا ثيابه، وإن كانت إجارة الأول عشرة وهذا خمسة دفع إلى هذا خمسة وتبقى خمسة عنده للأول، ثم إن قدم الأول فأقر بقبض إجارته فليرجع القادم على الثاني بما أخذه منه، قال أبو محمد بن أبي زيد: وهذا الذي قال غير مستقيم، ولا يقبل دعوى غريم القادم على المقيم إذا كان القادم عديماً.

قال محمد بن رشد: وقول ابن أبي زيد: لا يقبل دعوى غريم القادم على المقيم إذا كان القادم عديماً صحيح، ولم ينص ابن المواز على أنه يرجع على الثاني بإقرار القادم وإن كان عديماً، فينبغي أن يحمل قوله على ما يصح فيقال: معناه إذا كان القادم ملياً ولا يقال فيه إنه غير مستقيم، وقول محمد: إنه إن لم يكن لصاحب المتاع بينة على دفع الأجرة إلى الأول ويحلف الثاني

ويأخذ الأقل من الأجرتين صحيح، وكذلك لو أقر صاحب المتاع أنه لم يدفع إلى الثاني إلا ما استأجر به الأول، وهذا إذا علم بما استأجر به أو أقر وأقر بذلك الثاني، وأما إن لم يثبت ذلك ولا أقرَّ به الثاني فلا سبيل له إلى أخذ المتاع إلا بعد أن يدفع إليه جميع إجارته إن علمت، وإن لم تعلم فيخرج ذلك على قولين: أحدهما: أن القول قوله في مبلغها مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لم يشبه لم يصدق وكان له أجر مثله، والثاني: أنه لا يكون له أكثر من أجرة مثله وإن أشبه ما ادعاه، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم، وإنما وجب أن يكون للثاني أن يأخذ من صاحب المتاع أقل الأجرتين إذا كان لم يدفع إلى الأول أجرته لأنه غريم غريمه بذلك لا من أجل أن السلعة بيده، إذ ليست عنده برهن، فلا يكون له أن يمسكها حتى يقبض إجارته ولا يكون أحق بها من غرماء صاحب المتاع إن فُلِّسَ عند ابن القاسم، ولذلك لا يكون القول قوله في الإجارة على مذهبه إن ادّعى أكثر من أجرة مثله، وإنما وجب أن يكون لصاحب المتاع أن يأخذ متاعه معمولاً دون غرم يكون عليه الثاني إذا كان قد دفع الأجرة إلى الأول لأن العمل قد وجب باستئجار الأول عليه استئجاراً مضموناً في ذمته، ولو لم تكن الإجارة مضمونة، وإنما كان استأجره على أن يعمله بنفسه فاستأجر عليه غيره لما وجب لصاحبه أن يأخذه وإن كان قد دفع الأجرة إلى الأول حتى يغرم للثاني أجرة مثله، وحتى يكون الثاني قد علم بتعدي الأول في استئجاره إياه على ما وجب عليه أن يعمله بيده، هذا الذي يأتي على أصولهم، ولا أعرف في ذلك نصاً، والله المعين.

ومن كتاب اوله سن رسول الله ﷺ

وسئل مالك عن رجل استؤجر على عمل يعمله فعمل بعضه ثم مات العامل؟ قال مالك: أما ما كان من عمل يعمله بيده فإنه بحسب ما قد عمل ثم يرد ما بقي، وأما ما كان مضموناً من عمل أو قطاعة مثل دار يبنيها أو حفر خليج أو بئر أو صنعة من الصناعة

فهو ضامن في ماله، وعلى ورثته عمله فيما ترك، فإن كان فضل كان لهم، وإن كان غرم كان في ماله، وإن لم يترك العامل وفاء حَاصَّ المستعمل بقيمة ما بقي له من العمل يوم يحاصّ وليس على قدر ما بقي من إجارته ولكن على ما بقي من قيمة عمله يوم يحاصّه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا موضع للقول فيها إلا قوله: إذا مات ولا وفاء له أنه يحاصّ بقيمة ما بقي من عمله يوم يحاصّ فمعناه يوم يحاصّ على أنه حال كان حالاً أو مؤجلاً لأنه إن كان مؤجلاً فقد حل بموته، وكذلك في التفليس على مذهب ابن القاسم، وقال سحنون: إن كان مؤجلاً في التفليس فيحاصّ له بقيمته يوم التحاصص على أن يقبض إلى أجله، والصواب قول ابن القاسم: إنه يحاص بقيمة ذلك حالاً كالعين سواء إذ لو كان في ماله وفاء لعجل له حقه، وإذا حوصص له بقيمة ما بقي من عمله في التفليس فمن حقه ألا يقبض ما صار له في المحاصة، ويستأجر له به في مثل ذلك العمل، واختلف إن أراد أن يأخذ ما صار له في المحاصّة هل يجوز ذلك أم لا؟ فقيل: إن ذلك لا يجوز لأنه يدخله إجارة وسلف لأنه قد اقتضى بعد العمل، فإذا قبض ما صار له في المحاصة دراهم وقد كان دفع دراهم أخذ بها دراهم وعملاً، وقد قيل: إن ذلك جائز لأن التفليس يرفع التهمة، وقد مضى الاختلاف في ذلك في أول رسم من سماع أشهب من كتاب السلم والآجال، ولا اختلاف في أن ذلك جائز في الموت لارتفاع التهمة في الموت يقيناً.

مسألة

وسئل عن الخباز يبعث إليه بالخبز صاحب الفرن فيحرق الخبز أترى عليه ضماناً؟ قال: لا أرى عليه ضماناً إلا أن يكون ممن لا يحسن الخبز فغرّ الناس فأراه ضامناً لذلك، ومثل ذلك الضيعة والتعدي، فأما إذا لم يأت منه تفريط فلم ير عليه ضماناً، قال ابن

القاسم: وعليه ضمان ما سرق.

قال محمد بن رشد: قوله: وسئل عن الخباز يبعث إليه بالخبز صاحب الفرن كلام فيه تقديم وتأخير، وصوابه: وسئل عن الخباز صاحب الفرن يبعث إليه بالخبز فالفران ضامن لما ادعى تلفه كالصناع كان خبازاً يبعث إليه بالعجين ليخبره ويطبخه أو فراناً يبعث إليه بالخبز ليطبخه، وكذلك يضمن ما أفسد بحطبه، وإنما لم يضمن ما احترق من الخبز لأن النار تغلب على ما قال في المدونة، وإنما يسقط عنه الضمان إذا بقي من الخبز ما يعرف به أنه خبز صاحبه، وأما لو ادعى أنه احترق ولم يأت منه بشيء يعرف أنه الخبز بعينه لضمن، وكذلك الغزل يحترق في الفرن مثله سواء لأن ذلك تضييع من الفران وتَعَدٍّ منه أو عنف في الوقيد، قاله ابن حبيب وغيره، فالضمان ساقط عنه في احتراق الخبز ما لم يتبين التضييع منه والتعدي في العنف في الوقيد، وكذلك ما كان من الأعمال فيه غرر كثقب اللؤلؤ وشبه ذلك لا ضمان عليه فيما أتى على يديه إلا أن يتبين منه في ذلك أنه تعدى فيه وأخذه من غير مَأْخَذِه على ما يأتي لأصبغ في نوازله.

ومن كتاب الرطب باليابس

وسمعت مالكاً قال: من جاء بثوب إلى خياط فقال: أخرج لي منه قميصاً أو ساجاً، فقال: نعم، فأعطى على ذلك أجراً فقطع فلم يأت ذلك فيه، قال: لا غرم عليه، ولو أفسد شيئاً منه غرم ما أفسد يعني بذلك قيمة الثوب، إلا أن يكون ذلك فساداً يسيراً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد اختلف فيها اختلافاً كثيراً، وتحصيله أنه اختلف في الضمان إذا غَرَّ، وفي الأجرة إذا لم يَغُرَّ، ولا اختلاف في أنه لا ضمان عليه إذا لم يغُرّ، ولا في أن لا أجْرَةَ له إذا غر، وهذا إذا أتاه فقال له: انظر هذا الثوب إن كان فيه قميص أو لا، فقال له: فيه قميص، فلما قال له ذلك، قال: اقطعه ولك كذا وكذا، ومثله الذي يستأجر القسطار على انتقاد

الدراهم فينقدها فيجد فيها زيوفاً، وقد مضى القول على هذا في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف مستوفى فلا معنى لإعادته هنا مرة أخرى، وأما لو أتى بثوبه إلى الخياط فقال: انظره إن كان فيه قميص فاقطعه فلك كذا وكذا، فقطعه فلم يكن فيه قميص لوجب عليه ضمانه قولاً واحداً لأنه لم يأذن له في قطعه إلا بشرط أن يكون فيه قميص، فإذا قطعه ولا قميص فيه وجب عليه ضمانه لأن ذلك خيانة منه.

مسألة

وقال مالك في الرجل: يدفع ثوبه إلى الخياط أو الغسال فيزعم الخياط أو الغسال أنه أعطاه إياه ليرقعه أو يدفعه إلى غيره، قال القول قول الخياط والغسال، وكل صاحب صنعة فهو بهذه المنزلة متى أشبهوا في قولهم مع أيمانهم.

قال محمد بن رشد: قوله: القول قول الخياط يريد القول قوله في أنه أعطاه إياه ليعمله في مبلغ الأجرة، فإن ادعى ما يشبه منها كان القول قوله ولم يحلف صاحب الثوب إذ لا فائدة في يمينه، لأن العامل يأخذ ما حلف عليه بما يشبه، حَلَفَ رب الثوب أو نكل، وأما إن ادعى العامل من الأجرة ما لا يشبه فلا بد من يمين صاحب الثوب لأن يمينه تسقط عنه الزائد على أجرة المثل، فإن نكل عن اليمين أخذ العامل ما حلف عليه وإن لم يشبه لأن رب الثوب قد مكنه من ذلك بنكوله، وفي المدونة لغير ابن القاسم أن العامل مدع، فقيل: معناه في الأجرة إن ادعى أكثر من أجرة المثل يريد أنه إن ادعى أكثر من أجرة المثل وحلف على ما يدعي لم يستحق بيمينه ما حلف عليه وحلف رب الثوب على ما ادعى فسقط عنه بيمينه ما زاد على أجرة المثل، وإن نكل عن اليمين أخذ العامل ما حلف عليه، وإن نكل العامل عن اليمين وحلف رب الثوب أخذ ثوبه مصنوعاً أو مغسولاً ولم يكن عليه شيء في الصباغ والغسل، وقيل: بل معناه أنه مدعي فيما ادعاه من أنه استعمله إياه فلا يصدق في ذلك

ويحلف صاحب الثوب ويأخذ ثوبه مصبوغاً أو مغسولاً بغير غرم إلا أن ينقصه الصبغ أو يفسده فيكون به مخيراً في أخذه أو تركه وأخذ قيمته، وإن زاد الصبغ فله أخذه بلا غرم على ما ذهب إليه ابن حبيب.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يستأجر القسطار ينتقد له دنانير ويعطيه على ذلك عطاء ثم يخرج بها من عنده فيأتي بها غيره فإذا فيها غير جيّد، قال مالك: ليس عليهم شيء، قيل: فحراس القراء(١)، قال: هم كذلك، لا أرى عليهم شيئاً من الضمان للجعل الذي جعل لهم، وقال: يعطون دينارين ويُغرمون ثمن الفرس قيمتها دنانير، لا أرى ذلك عليهم، فقيل له: أفترى حارس الحمام مثله؟ قال: ما أشبهه به.

قال محمد بن رشد: أما مسألة القسطار يستأجر على انتقاد الدراهم فيوجد فيها زيوف فقد اختلف في ضمانه إذا غر، وفي هل له أجرة إذا لم يغر حسبما ذكرناه في أول مسألة من هذا الرسم، ومضى تمام القول فيه وفي رسم أخذ يشرب من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف، ومثل الدليل يخطىء في الطريق لا أجرة له إذا غر، ويختلف هل له أجرة إذا لم يغر، فابن القاسم يوجبها له وأشهب لا يراها له، وقد مضى ذلك في سماعه من كتاب الجعل والإجارة، وأما حراس القرا والذعا(٢) فلا اختلاف في أن الأجرة لهم ولا ضمان عليهم إلا أن يضيعوا أو يفرطوا فيضمنوا، ولهم الأجرة إذا ضمنوا، وقد مضى هذا في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة، وأما حارس الحمام فقوله: إنه لا ضمان عليه هو مثل ما في المدونة وفي ذلك تفصيل، أما إن كان أكراه صاحب الحمام لحفظ ثياب من

---

(١) كذا.

(٢) كذا.

يدخل في الحمام بأجرة ثابتة في ذمته فلا اختلاف في أنه لا ضمان عليه إلا أن يضيع أو يفرط، وأما إذا كان يحرس من ثياب الناس بِجُعْلٍ يأخذه من كل من يدخل الحمام ويحرس له ثيابه، فقيل: إنه لا ضمان عليه، وهو قول مالك، وقال ابن لبابة: ما سواه خطأ، وقيل: إنه ضامن كالراعي المشترك، وإلى هذا ذهب ابن حبيب على قول ابن المسيب والحسن ومكحول والأوزاعي في أن الراعي المشترك ضامن لأنه قد نصب نفسه لذلك فصار كالصانع.

ومن كتاب نَذر سَنَةً يصومها

وسئل مالك عمن يسرِق من الحمام قال: إن الحمام ربما أخطأ الرجل، وربما اغتلوا، ولقد قلت لصاحب السوق: آمره أن يضمن صاحب الحمامات ثياب الناس فيضمنونها أو يأتون بمن يحرسها وأمرته أن يضمنهم ثياب الناس يدخلون الحمام.

قال محمد بن رشد: إذا لم يكن على ثياب الحمام حارس يحرسها فلا قطع على من سرق منها إلا أن يحتال في السرقة من خارج الحمام من لم يدخل الحمام على ما قاله في المدونة، وفي رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب السرقة قال مالك رحمه الله: إن صاحب الحمام إذا لم يأت بمن يحرس ثياب الحمام فقد أهملها إذا تركها في غير حرز لا يجب القطع على من سرقها وكان ذلك من التضييع الذي يجب عليه به الضمان، فإذا أتى بمن يحرسها سقط عنه الضمان لكون الثياب إذ كان لها حارس في حرز يجب القطع على من سرقها، ثم ضعف وجوب القطع على من سرقها إذا كان عليها حارس لما ذكر أن السارق قد يغتل فيقول: أخطأت وظننت أنه ثوبي وما أشبه ذلك، ولعمري إنه لكما قال إذا كان السارق سرق من ثياب من تجرد إلى جانبه، وأما من سرق من غير الموضع الذي تجرد فيه أو سرق دون أن يتجرد فلا يصح له اغتلال، والقطع عليه واجب إذا كان للثياب حارس، يبين هذا ما وقع في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب السرقة أن من سرق من الحمام يقطع إن

كان على الثياب من يحرسها، وإن لم يكن لها من يحرسها فلا يقطع سارقها إلا إن سرقها من وراء الجدار وما أشبه ذلك دون أن يدخل الحمام.

مسألة

وسئل مالك عن الطحانين من أهل مصر الذين يدفع إليهم القمح فيكال عليهم فيطحنونه فينقص فيغرمونهم، فقال مالك: ما سمعت في ذلك بشيء، يريد الغرم، وأرجو أنه خفيف.

قال محمد بن رشد: أما إذا كانت الأرحى للطحانين أو كانت في اكترائهم فلا إشكال في أنهم كالصناع وأنهم ضامنون، وأما إذا لم تكن الأرحى لهم ولا في اكترائهم وكان أصحاب الأرحى والمكترون لها وكلاهم[3] الذين يعاملون أصحاب الطعام على واجبهم في الطحين فالطحان الذي يتولى طحين طعام كل من يأتي بطعامه إلى صاحب الرحى، يشبه الراعي المشترك ففي هذا ضعف مالك الضمان، والله أعلم، فقال فيه: ما سمعت في ذلك بشيء يريد الغرم وأرجو أن يكون خفيفاً، ومعنى قوله: وأرجو أن يكون خفيفاً، أي: أرجو أن يكون الحكم بتضمينهم من جهة القياس والنظر دون أن يكون في ذلك أثر يتبع خفيفاً، إذ لا يصح أن يكون التضمين والتغريم إلّا إما واجب فيلزم الحكم به، وإما غير واجب فيحرم الحكم به، وهو عنده واجب، وإيجابه عنده من ناحية القياس دون سنة تتبع هو الخفيف، وسيأتي ما في سماع أصبغ، الاختلاف فيما يضمنون إن كان القمح أو الدقيق، وبالله التوفيق.

ومن سماع أشهب وابن نافع من مالك

قال سحنون: أخبرني أشهب وابن نافع قالا: سئل مالك عن الصناع الصباغ أو الغسال أو غيرهما من الصناع يشترطون على من دفع إليهم العمل أن لا ضمان عليهم ويعطون على ذلك أجراً

(٣) سقطت الهمزة في المخطوطات.

فقال: لا ينفعهم ذلك، وعليهم الضمان، ولو أمكنوا من ذلك ما عمل منهم أحد إلا اشترط أن لا ضمان عليه، ولا بد لي من غسل ثوبي.

قال محمد بن رشد: تعليله لإسقاط الشرط بأن الناس لو أمكنوا من ذلك ما عمل صانع عملاً إلا اشترط أن لا ضمان عليه، يريد فيدخل على الناس بذلك ضرر، إذ لا بد لهم من استعمالهم، يدل على أن الشرط بإسقاط الضمان فيما يغاب عليه من العارية والرهن عامل، إذ لا ضرر في ذلك على المعير والراهن، وذلك في المعير أَبْيَنُ إذ قد لا يبايعه المرتهن إلا بالرهن فتدعو الراهن حاجته إلى البيع إلى أن يلتزم الشرط، وقد حكى ابن أبي زيد في المختصر عن أشهب في الصناع أن شرطهم ينفعهم، فإذا رآه عاملاً في الصناع فأحرى أن يعمله في المرتهن والمستعير، ولابن القاسم وأشهب في سماع أصبغ من كتاب العارية أن الشرط غير عامل في الرهن والعارية، ومثله أيضاً لابن القاسم في بعض روايات المدونة في العارية في كتاب الرهن منها، فهو في الصانع أحرى ألا يكون عاملاً، فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال: إعمال الشرط وإسقاطه، والفرق بين أن يشترط ذلك الصانع أو المرتهن أو المستعير، وهو أظهر الأقوال، إذ لا وجه لإسقاط الشرط في العارية، لأن المعير إذا أسقط عن المستعير الضمان فقد فعل معه معروفاً من جهتين، والرهن قريب من العارية في ذلك، وما لإسقاطه فيهما وجه إلا أنه من باب إسقاط حق قبل وجوبه، فيجري ذلك على اختلافهم في هذا الأصل، وأما الصانع يشترط ذلك فبين أن سقط شرطه من أجل أن رب المتاع كأنه مكره على الشرط بضرورته إلى استعمال الصانع، وإذا بطل الشرط فنبغي أن يبطل العقد، فإن فات بالعمل كان للصانع أجر مثله على أن عليه الضمان لأنه إذا رضي لما سميا من الأجرة على أن لا ضمان عليه، وأما على ما حكى ابن أبي زيد عن أشهب من إعمال الشرط فتكون له الأجرة المسماة، وعكس هذه المسألة أن يشترط المعير أو الراهن على المستعير أو المرتهن الضمان فيما لا يغاب عليه من الحيوان أو مع قيام البينة فيما يغاب عليه، فهذا قول مالك فيه وجميع أصحابه أن الشرط باطل جملة من غير تفصيل حاشا مطرفاً، فإنه قال: إن شرط عليه الضمان

لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك، فالشرط لازم إن عطبت في الأمر الذي خافه واشترط الضمان من أجله، وقال أصبغ: لا شيء عليه في الوجهين مثل قول مالك وأصحابه، وإذا بطل الشرط عن المستعير ألزم إجارة المثل في استعماله العرية عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة لأن صاحبها لم يرض أن يعيره إياها إلا بشرط أن يحرزها في ضمانها فهو عوض مجهول حرام يرد إلى المعلوم.

ومن كتاب الأقضية الثاني

وسئل فقيل له: إني جعلت لرجل في تقاضي دين لي على رجل ثلث ما يقتضي منه فجاءني الذي لي عليه الحق فصالحني عن إعطاء ثلثي حقي وأخرت عنه الثلث إلى أجل فقال الأجير: أنا آخذ ثلث ما اقتضيت وأكون في الثلث الذي أخذت على شرطي، قال مالك: هو الذي تقاضاه ولزمه حتى جاءك به فصالحك، فقال: نعم، فقال له مالك: أرى له ثلث الثلثين اللذين قبضت، وهو في الدين الذي بقي على الغريم على شرطه، إن تقاضاه فله ثلثه، وإن لم يتقاضه وتركه لم يكن له فيه شيء، وذلك أنه هو الذي تقاضاه وجاءك به، وحركه على قضائك وجلبه، فأرى ذلك له ولا أرى به بأساً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن له ثلث الثلثين إذا كان قد حركه في قضائه مثل رواية علي بن زياد عن مالك، وقول سحنون في سماعه من كتاب الجعل والإجارة إن الجاعل إنما يلزمه الجعل إذا شرع المجعول له في العمل خلاف ظاهر ما في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الجعل والإجارة حسبما مضى هنالك من القول فيه، وقال: إن المجعول له على شرطه في الثلث الباقي، ولم يبين إن كان له أن يتقاضاه قبل الأجل أم لا، والصواب أن ذلك له لأن الجعل إذا لزم الجاعل فليس له أن يؤخر بالدين فيضر بالمجعول له، قال هذا بعض الشيوخ ولا أقول به إذ ليس عندي بصحيح لأن التأخير

قد لزم صاحب الدين وصار بما فعل من التأخير قد فوت الجعل على المجعول فوجب له بذلك جعله فيقبض لنفسه ثلث الثلث الباقي معجلاً ويسقط عنه اقتضاء بقيته، وقد مضى من قول ابن القاسم في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الجعل والإجارة بيان هذا فقف عليه.

مسألة

وسئل عمن أكرى جفنتين له بالضمان، قال: ما أرى ذلك ولكن إن كان وضع من كرائهما شيئاً للضمان رأيت أن يبلغ له كراؤهما، قيل له: إن الذي تكاراهما قد زعم له أنهما سرقتا منه، فقال: لا أرى هذا يجوز له إن كانتا انكسرتا فأَيْنَ فلقتاهما؟ فأرى ضمانهما عليه، وليس من قبل اشتراط صاحبهما رأيته ضامناً، ولكنه لأنه لم يعلم أخذ ما ذكر.

قال محمد بن رشد: كذا وقعت هذه المسألة في جميع الأمهات ناقصة، سأله فيها عن ادعاء المكتري أنهما سرقتا منه، فأجابه على ادعائه أنهما انكسرتا منه ولم يأت بفلقتيهما، والذي يدل عليه مذهبه فيها أنه مصدق في دعوى السرقة، وأنه لما سأله عن ذلك قال: هو مصدق في ذلك، فقال له: فإن زعم أنهما انكسرتا، فقال: لا أرى هذا يجوز له، إن كانتا انكسرتا فأين فلقتاهما؟ فسقط ذلك من الأصل الذي نقل العتبيّ منه المسألة، فاتفقت الأمهات على ذلك، وحكم اكتراء العروض شرط الضمان على قول مالك في هذه الرواية حكم يراع[٤] إلينا بفسخ الكراء إلا أن يرضى المكري بترك الشرط فإن لم يعثر على ذلك حتى فات الكراء كان على المكتري الأكثر من الكراء المسمى أو كراء المثل على غير شرط الضمان، وذلك بين من قوله، ولكن إن كان وضع من كرائهما شيئاً لموضع الضمان رأيت أن يبلغ له كراؤهما، إذ لو كان الكراء

(٤) كذا.

عنده فاسداً يجب فسخه في القيام على كل حال لقال: إنه يكون فيه في الفوات كراء المثل بالغاً ما بلغ، كان الكراء أقل من الكراء المسمى أو أكثر، وإنما ضمنه في دعواه الكسر لتبين كذبه إذ لم يأت بفلقتيها فليست هذه الرواية بمخالفة لقول ابن القاسم وروايته عن مالك في أن المكتري مصدق في دعوى الضياع، وما وقع في المدونة من رواية أشهب عن مالك في أن من أكرى جفنة فقال إنها ضاعت لا يصدق إلا أن يقيم البينة على الضياع ليس بنقل صحيح لأن الرواية بتضمينه إنما هي في دعوه الكسر لتبين كذبه إذ لم يأت بفلقتيها على ما بان من هذه الرواية، وقد قال ذلك محمد بن المواز، ولا أعلم خلافاً في أن المكتري مصدق في دعوى ضياع ما اكترى من العروض إلا ما وقع في الدمياطية لابن القاسم، قال: وسئل عن الرجل يكتري الدابة بالضمان، قال: لا خير فيه، ويرد إلى كراء من لا ضمان عليه، قيل: وكذلك الأشياء كلها؟ قال: لا أدري ما الأشياء؟ قيل: المناجل والحديد قال: أما الحديد فهو له ضامن.

قال محمد بن رشد: يريد بالحديد متاع الحديد الذي يعرف بعينه كالمحافر والمساحي والسكك وشبه ذلك، إذ لا يجوز اكتراء ما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه، وقوله: إنه ضامن له شذوذ في المذهب، وأما قوله: فمن أكرى دابة بالضمان أنه لا خير فيه ويرد إلى كراء مثله ممن لا ضمان عليه فظاهره كان أكثر من المسمى أو أقل، ومعناه: إذا فات الكراء، وأنه يفسخ إن عثر عليه قبل الفوات، وإن ترك المكري الشرط، وهو القياس خلاف رواية أشهب، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مسائل بيوع ثم كراء

وسئل عن الرجل يجعل للرجل جعلاً على دين له يأخذه وله الثلث مما أخذ فقال: إن كان شيئاً يأخذه فلا بأس بذلك، وإن كان يذهب يخاصم فلا خير فيه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة وفي سماع أصبغ منه أيضاً فلا معنى لإعادته.

مسألة

وأخبرني موسى بن الفرج عن أشهب في الرجل يدفع إلى الخياط ثوباً يخيطه له والثوب ملفوف في منديل فيضيع المنديل عند الخياط، قال: فقال لي أشهب: إن كان ثوباً شريفاً مثله يحتاج إلى وقاية فإنه للمنديل ضامن، وإن كان ثوباً لا يحتاج إلى وقاية لغلظه فهو فيه مؤتمن ولا ضمان عليه فيه.

قال محمد بن رشد: أما إذا كان الثوب غليظاً لا يحتاج مثله إلى وقاية فلا اختلاف في أنه لا ضمان عليه في المنديل الذي لفّ فيه، وأما إذا كان شريفاً مثله يحتاج إلى وقاية، فقال أشهب في هذه الرواية: إنه يضمنه، وقال ابن حبيب: إنه لا ضمان عليه فيه، قال: لأن الثوب يستغني عنه ولا يضطر إلى أن يلف فيه، وقال محمد بن المواز مثله إنه لا ضمان عليه فيه إلا أنه علل بأن المنديل لم يكن له فيه عمل، فعلى قول ابن حبيب يضمن الصَّيْقَلُ الجَفْنَ وإن لم يكن له فيه عمل إذ لا يستغني السيف عن جفنه، ويضمن الفران القصاع التي أُتي إليه بالخبز فيها إذا تلفت قبل مزايلة الخبز منها، وقد نص على ذلك في القصاع، ويأتي على قول ابن المواز أن الفران لا يضمن القصاع التي أُتي إليه بالخبز فيها إذا تلفت، إذ لا عمل له فيها، ولا يضمن الصَّيْقَلُ الجَفْنَ إذ لا عمل له فيه، وقد فعل ذلك في جفن السيف يضيع عند الصيقل ويضمن على مذهبهما جميعاً الصانعُ المِثالَ الذي يعمل عليه والورَّاق الأُمَّ التي يكتب منها، والطحان الأعدَال التي يحمل إليه الطعام فيها إذ لا يستغني الصانع في عمله عن المثال ولا الوراق في نسخه عن الأُمِّ ولا الطحان في طحينه عن الأعدَال، وقد نص على ذلك ابن حبيب في الأعدال، وقد قال في

القصاع على هذا القياس إنه إذا أتي إليه بالعجين فيها لِيُقَرِّصَهُ فيها إنه ضامن لها كيفما ضاعت بالعجين أو بغير العجين إذ لا يستغني في عمله عنها، وهو قول مالك في سماع محمد بن خالد في المثال، وسحنون يقول: إنه لا يضمن الصانع المِثال ولا الوراق الأمَّ التي يكتب منها إذ لا عمل له فيها، وكذلك لا يضمن على مذهبه الطحَّان الأعدال ولا الفران القصاع وإن كان يخبز الخبز فيها إذ لا عمل له فيها، وإنما عمله وصنعته في الخبز الذي يُقَرِّصُه فيها، فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يضمن إلا ما له فيه عمل وإن كان يحتاج إليه في عمله أو يحتاج إليه الشيء المعمول، وهو قول سحنون، والثاني أنه يضمن ما لم يكن فيه له عمل إذا كان يحتاج إليه في عمله أو يحتاج إليه الشيء المعمول، وهو قول ابن حبيب، والثالث أنه لا يضمن ما لم يكن فيه عمل وإن احتاج الشيء المعمول إلا أن يحتاج إليه في عمله، وهو قول محمد بن المواز، ومذهب مالك على ما وقع له في سماع محمد بن خالد، ولا اختلاف بينهم في أنه يجب عليه ضمان ما له فيه عملٌ ولا في أنه لا يضمن ما لا عمل له فيه، ولا يختلفون في صفة تقويم الذي يجب عليه ضمانه منها، فمنهم من كان يرى أن يقوم عليه وحده على أنه لا صاحب له فيغرم قيمته، ومنهم من كان يرى أن يقوما جميعاً ثم يقوم الثاني وحده فيغرم ما بين القيمتين لأنه قد فسد عليه الباقي بخلاف التالف إذ لا ينتفع بأحدهما دون الآخر، وهو أصح القولين كما لو استهلك له رجل أحدهما لضمن ما نقصه منها، وبالله التوفيق.

ومن سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

قال ابن القاسم: إذا أخطأ الغسال فدفع إلى رجل ثوباً غير ثوبه فلبسه وهو لا يعلم أن الثوب الذي أعطاه الغسال غير ثوبه نظِرَ، فإن كانت قيمته دينارين وقيمة ثوب الرجل الذي عند الغسال دينار نظر في لبس ثوبه الذي عند الغسال كم كان ينقص في مثل

لبسه هذا الثوب الذي لبسه وقيمته ديناران، فإن كان ذلك ينقص ثوبه في قدر ما لبس هذا الثوب نصف دينار نظر في لبس ثوب الرجل فإن كان الذي نقص من ثوبه من قيمته دينار لم يكن على الذي لبس الثوب أكثر مما كان ينقص من ثوبه أو لبسه وغرم الغسال ما بقي، وإن كان الذي ينقص من ثمن الثوب أقل من نصف دينار لم يكن على الذي لبس الثوب أن يغرم أكثر مما نقص، وإن كان لو لبس ثوبه في قدر ما لبس ثوب الرجل ينقص أكثر مما لبس ثوب الرجل لم يكن عليه أكثر مما نقص ثوب الرجل، وليس على الغسال في ذلك شيء إذا لم يجاوز قدر ما كان ينقص في لبس ثوبه، وإن كان الثوب الذي لبسه قيمته دينار وقيمة ثوبه الذي عند الغسال ديناران نظر في لبس ثوبه كم كان ينقص، فإن كان ينقص في لبسه نصف دينار والذي نقص من ثوب هذا ربع دينار غرم الربع إلى ما بينه وبين النصف دينار وأخذ ثوبه، وإن كان الذي نقص أكثر من نصف دينار لم يكن على صاحب الثوب الجيد أن يغرم أكثر مما ينقص ثوبه في اللبس لأنه قد يلبس الثوب الجيد شهراً ولا ينقص من ثمنه إلا ربع دينار ولو كان يلبس غيره[٥]. . دناءة ثمنه في مثل ما لبسه فيه من الأيام لنقص في ذلك نصف الثوب وكانت قيمة الثوب ديناراً فليس على صاحب الثوب أكثر مما كان ينقص لبس ثوبه أو مثله فيكون غرمه على الذي لبسه كله ولا يكون على الغسال شيء. وإن لبسه الذي لبسه وهو يعلم أنه ليس ثوبه ضمن ما نقص من ذلك قلّ أو كثر، ولم يكن على الغسال شيء إلا أن لا يوجد عند الذي لبسه شيء فيتبع صاحب الثوب الغسال ويكون ذلك دَيْناً للغسال على الذي لبس الثوب، وإن كان كل واحد منهما لبس ثوب

---

(٥) بياض بالأصل.

صاحبه وهو يعرف أنه ليس ثوبه واختلفا في النقصان غرم من وقع عليه الفضل لصاحبه، فإن لم يكن في القيمة فضل فلا شيء لواحد منهما على صاحبه.

قال محمد بن رشد: اختلف في الغسال يخطىء فيدفع ثوب الرجل إلى غيره فيلبسه وهو يظنه ثوبه على أربعة أقوال: أحدها: أنه لا شيء على اللابس ويأخذ ثوبه غير ملبوس ويرجع الذي لبس ثوبه على الغسال بما نقصه اللبس إلا أن يكون قد أبلاه اللبس فيكون له أن يضمن الغسال قيمته، وهذا قول مالك في رواية أبي قرة وفي الموطأ رواية يحيى والذي يأتي على قياس ما في المدونة في الذي يثيب على الصدقة ثوباً وهو يظن أن الثواب يلزمه أنه لا رجوع له فيها إذا فات، والقول الثاني: أنه لا شيء على اللابس إلا أن يكون لبس الثوب حتى أبلاه، وهو قول مالك في رواية أشهب وابن عبد الحكم عنه، والقول الثالث: أنه يلزم اللابس غرم ما نقصه لبسه قليلاً كان أو كثيراً، وهو قول سحنون في نوازله من هذا الكتاب، والقول الرابع: أنه يلزمه غرم الأقل مما نقصه لبسه أو مما كان ينقص ثوبه لو لبسه ذلك اللبس، فإن كان ذلك أقل رجع صاحب الثوب بالفضل على الغسال، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى هذا، إذ أوجب على اللابس غرم جميع قيمة الثوب بلباسه إلى أن أبلاه على قول مالك في رواية أشهب وابن عبد الحكم عنه أو ما نقصه لبسه قل أو كثر على قول سحنون أو الأقل مما نقصه لبسه أو مما كان ينقص ثوبه لو لبسه ذلك اللبس على رواية عيسى هذه فصاحب الثوب مخير إن شاء رجع بذلك على اللابس وإن شاء رجع به على الغسال، فإن رجع بذلك على الغسال رجع الغسال به على اللابس. وجه القول بأنه لا شيء على اللابس هو أنه أمكنه منه من أذن له فيه فوجب أن لا يضمن كما قالوا فيمن أثاب عن صدقة ظناً منه أن ذلك يلزمه فأكله المثاب أنه لا يضمن، وكما قالوا فيمن أمر بشراء جارية بمائة فاشتراها بمائة وخمسين وبعث إليه بها فوطئها وحملت أنه لا شيء عليه من الزيادة؛ ووجه القول بأنه ضامن لجميع ما نقصه اللبس هو

أنهما جميعاً مخطئان على رب الثوب الدافع واللابس فلا يـدفع عن اللابس الغرم لأنه مخطىء أيضاً على رب الثوب، ويكون له أن يتبع من شاء منهما إن شاء الدافع الذي أخطأ عليه أوّلاً، وإن شاء اللابس المنتفع، فإن رجع على الدافع رجع الدافع على اللابس، وإن رجع على اللابس لم يكن له رجوع على أحد، ورواية أشهب وابن عبد الحكم عن مالك استحسان إذ لا يخرج على أحد القولين، وكذلك رواية عيسى عن ابن القاسم هذه استحسان لأنه لم ير على اللابس أن يغرم إلا مقدار ما وقى عن ثوبه بلباسه ثوب الرجل، ولم يقولوا إذا أخذ عن الصدقة ثواباً فاشترى به طعاماً فأكله إنه يغرم، وهو قد وقى بذلك ماله إذ لو لم يأكل من الثواب لأكل من ماله، فإذا أكل دفع ثوب هذا إلى هذا وثوب هذا إلى هذا، فلبس كل واحد منهما ثوب صاحبه جرى ذلك على هذا الاختلاف، على قول مالك في الموطأ رواية يحيى لا يكون لواحد منهما على صاحبه شيء، وإنما يرجع كل واحد منهما على الغسال، وعلى قول سحنون في نوازله يرجع كل واحد منهما على صاحبه بما نقص لبسه ثوبه فيتقاصّان بذلك ولا يكون على الغسال شيء إلا أن يكون لأحد منهما فضل على صاحبه فيرجع به عليه أو على الغسال، فإن رجع به على الغسال رجع به الغسال على اللابس، وعلى رواية عيسى هذه، وهو قول ابن الماجشون، يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالأقل مما نقص لبسه من الثوب الذي لبسه أو مما كان ينقص ذلك اللبس من ثوبه لو لبسه ذلك اللبس، ويتقاصّان بذلك، فمن كان له منهما في ذلك فضل على صاحبه رجع به على الغسال، وإن لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه وهو يعلم أنه ليس ثوبه كان عليه ما نقصه لبسه وتَقَاصَّا بذلك، ومن كان له منهما في ذلك فضل على صاحبه رجع به عليه إلا أن يكون عديماً فيرجع به على الغسال ويتبع به الغسال العديم قولاً واحداً، وإن لبس أحدهما ثوب صاحبه وهو يعلم أنه ليس ثوبه رجع الذي لبس ثوبه على اللابس بما نقصه اللبس إلا أن يكون عديماً فيرجع به على الغسال أو يتبع به الغسال اللابس. وتلاف ثوب أحدهما عند صاحبه أو ثوب كل واحد منهما عند صاحبه في ضمانه بجميع قيمته على قياس ضمانه لما نقصه لبسه في العمد والجهل

سواء في جميع الوجوه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب يوصي لمكاتبه بوضع نجم من نجومه

وسألت ابن القاسم عن الرجل يأتي بالجلد إلى الخراز فيقول: اعمل لي خُفَّين فيواجبه ثم يذهب عنه ولم يصف له صنعة الخفين فَيَعْدُو الخرازُ فيعمل له الخفين قبل أن يسأله عن الصنعة فيأتي صاحب الجلد فيقول: ما أمرتك أن تعمل لي مثل هذين الخفين، وإنما أردت غير هذه الصنعة، فيقول الخراز: صدقت إنك لم تأمرني ولكني رأيت أن هذا العمل مما يصلح لك، قال: إذا عمل خفين تشبه أخفاف الناس وهو مما يشبه لِبْسَة الرجال فأرى القول قول الخراز ولا ضمان عليه، لأنه لم يصف الخفين حين واجبه، فكأنه فوض إليه، قلت وكذلك الرجل يأتي الخياط بالثوب أو إلى صاحب القلانس بالظِّهارة؟ قال: نعم كذلك، قلت: وكذلك الذي يأتي بالثوب إلى الصباغ، قال: الصباغ غير هذا إذا صبغه بغير إذن صاحبه ضمن، وهو بمنزلة الرجل يقول له الرجل: اشتر لي خادماً فاشترى له جارية.

قال محمد بن رشد: قوله: في الذي يواجب الخراز على عمل الخفين أو الخياط على خياطة ثوب أو القلاس على عمل قلنسوة ولا يسمي له صفة العمل إنه يلزمه ما عمل له إذا كان ذلك يشبه لباسه، هو صحيح على معنى ما في السلم الثاني من المدونة في الذي يأمر الرجل أن يشتري له ثوباً أو جارية ولا يسمي له جنس الثوب ولا جنس الجارية أنه يلزمه ما اشترى له من الجواري والثياب إذا كان ما اشترى له يشبه أن يكون من جواريه أو من ثيابه، وأشهب يقول: إنه يلزمه ما اشترى من الجواري والثياب وإن لم يكن

مثلها من خدمه ولا من ثيابه إلا أن يقول له: اشتر لي ثوباً ألبسه أو جارية تخدمني فحينئذ ينظر إن كان ذلك يشبه أن يكون من خدمه أو من ثيابه على ما قال ابن القاسم، فكذلك يلزم على مذهبه في استعمال الخفين وخياطة الثوب وعمل القلنسوة أن يلزمه ما عمل من ذلك وإن كان ذلك لا يشبه أن يكون من لباسه إلا أن يقول له: اعمل لي خفين ألبسهما وثوباً ألبسه أو قلنسوة ألبسها فحينئذ ينظر إلى ما قال ابن القاسم فلا يلزمه شيء من ذلك إذا لم يشبه أن يكون من لباسه، وأما الذي يأتي بالثوب إلى الصباغ فيقول له: اصبغ هذا الثوب ولا يبين له أي لون يصبغه، فقال ابن القاسم: إنه إن صبغه بغير إذنه فهو ضامن صحيح على أصله في مسائل الشراء والاستعمال أنه لم يحمل قوله: اشتر لي جارية أو عبداً أو اصنع لي خفين أو قلنسوة على التفويض إليه في أن يشتري له أي جنس رآه، وفي أن يعمل له أي صفة رآها وإنما حمله على أنه إنما أمره بما يشبه من ذلك كله فوجب لما كانت الألوان تختص به اختصاصاً واحداً ليس بعضها يشبهه وبعضها لا يشبهه أن يضمن إذا صبغ له الثوب باختياره إذ لم يفوض ذلك إليه، ويأتي على مذهب أشهب في مسائل الشراء أنه لا ضمان عليه لأنه إذا حمل قوله في الشراء اشتر لي ثوباً على التفويض إليه في أن يشتري له أي ثوب رآه من الثياب كان مما يشبه لباسه أو لا يشبهه فكذلك يحمل قوله: اصبغ لي هذا الثوب على التفويض إليه في أن يصبغه له أي صبغ رآه وذلك في الصباغ أبين منه في الثياب لأن الألوان تختص به في اللباس اختصاصاً واحداً أو من جنس الاختصاص بخلاف الثياب، ووقع في بعض الروايات: وهو بمنزلة الرجل يقول للرجل: اشتر لي خادماً فاشترى له جارية، وفي بعضها: وهو بمنزلة الرجل يقول: اشتر لي خادماً أو اشتر لي جارية، فالرواية الأولى تعود إلى مسألة الصباغ يريد أنه يكون متعدياً إذا صبغ بغير أمره بمنزلة إذا أمره أن يشتري له خادماً فاشترى له جارية، والرواية الثانية تعود إلى مسألة الاستعمال يريد أنه لا يضمن إذا عمل له خفين يشبه لباسه كما لا يضمن إذ قال له: اشتر لي خادماً أو اشتر لي جارية، فاشترى له جارية تشبهه أو خادماً تشبهه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب اوله

سلف دينار في ثوب إلى اجل

قال ابن القاسم في رجل دفع إلى حارس ثياباً فقال الحارس: قد جاءني إنسان فشبهته بك وظننت أنك هو فدفعتها إليه أيضمن؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّنٌ على ما قال لا إشكال فيه ولا كلام، لأنه أخطأ عليه في متاعه فدفعه إلى من ذهب به إليه، وأموال الناس تضمن بالعمد والخطأ.

ومن كتاب امهات الأولاد

قال ابن القاسم: وكل ما كان يعرف وجهه بعدما يخرج فلا بأس أن يشتريه ويشترط عمله مثل أن يشتري النعل على أن يُحْذَى له والقميص على أن يخاط له، والظهارة للقلنسوة على أن يعمل له، أو القمح على أن يطحن له، فلا بأس بذلك كله لأن ذلك كله قد عرف وجهه، وكذلك قال مالك، وقد مرَّض مالك مرة شراء القمح على أن يطحنه، وجل ما رأيت فيه السهولة، قال ابن القاسم: ولا بأس بذلك، ومن كتاب حبل الحبلة قال ابن القاسم: وكذلك التَّوْرُ(٦) يستعمله، قلت له: فهل يصلح له أن يبيعه قبل أن يستوفيه؟ قال: لا بأس به نقداً أو إلى أجل كان اشتراؤه نقداً أو إلى أجل، ومن كتاب البيع والصرف من سماع أصبغ قال أصبغ: قلت لابن القاسم: وكيف يكن التَّوْر فيها بعينه؟ قال: يريه الصفر والوزن، ويريه صفة ما يعمل، قلت: فما فرق بين هذا وبين الثوب الذي ينسج بعضه؟ قال: لأن الثوب لا يدرى كيف يخرج، قلت:

(٦) التور بتاءٍ مثنَّاة من فوق فسره ابن الأثير في النهاية فقال ما نصه: «إناء من صفر أو حجارة كالإجانة».

فالتَّوْرُ لا يدرى كيف يخرج، قال: إذا لم يخرج على ما وصف له يطيق أن يعيده في العمل، والثوب لا يطيق ذلك، وسئل عنه سحنون فقال له: الرجل يبتاع من رجل ثوباً على أن على البائع خياطته أو قمحاً على أن عليه طحينه فأجازه مالك، قيل له: أرأيت إن باع هذا كله هل يضمن أم لا؟ قال: لا ضمان عليه ويحط عن المشتري بقدر الخياطة والطحين من الثمن إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصناعات فيسلك به سبيل الصناع في الضمان، قلت: ولا تراه من وجه البيع والإجارة؟ قال: لا، قلت: ففسر لي هذا الأصل فإني قد وجدته لابن القاسم وأشهب جميعاً واحداً في الذي يشتري الظهارة على أن على البائع عملها أو حديداً على أن يعمل له منها قدراً أو نحاساً على أن يعالج له منها قمقماً، أو عوداً على أن ينحت له منه سرجاً فأجازا جميعاً هذا الأصل ورآياه من وجه البيع وعلى ذلك أجازه، وقد يجد البيع الأجرة في غير هذا من المسائل من قول مالك مكروه، من ذلك قول مالك في الذي يبتاع الغزل على أن على البائع حياكته والزيتون على أن عليه عصره، ونجد البيع والأجرة قد دخله كما دخل المسألة الأولى، فقال ذلك له، وقد خالفا فيها أصل قول مالك ومذاهبه التي عليها يعتمد، وهذا من بيع الغرر الذي لا يجوز على حال لأنه لا يدري ما اشترى ولا كيف يكون خروج ما اشترط من ذلك العمل، وإنما أجازه مالك في العجين لخفته، والثوب يشترط خياطته مثله لأن خروجه معلوم، وليس خروج ذلك مما يغيب عنه معرفته، وإن كان مالك قد عده ومرضه فليس قولهما في ذلك عندي بشيء، وكل ما وجدت من هذا الأصل فرده إلى مثله مالك في الحائك والزيتون على أن على البائع عصره فإنها أصل لجميع ما ذكرت، وهي من أصح مسائلهم وأقيس قولهم، وكلما وجدت خلافاً لها من جميع ما ذكرت فرده إليها، وأصل ما يقاس عليه هذا

كله أن كل بيع وأجرة يكون في الشيء المبيع بعينه فذلك بيع لا يجوز، وكل بيع وأجرة تكون الأجرة في غير الذي بيع فلا بأس بذلك فوجدنا مسألة الحائك لأئمة هذا الأصل، فكل شيء تجده مما ضارعه فرده إليها فإنها أصل ما سألت عنه، والبيع والشركة مخالف للبيع والأجرة، كل بيع وشركة تجده فانظر فيه فإن كانت الشركة قد دخلت في البيع فذلك جائز وإن كانت الشركة خارجة من البيع فلا خير فيه، فخذ هذين الأصلين على ما ذكرت فإنه من جيِّد العلم.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في كتاب حبل الحبلة: إنه لا بأس للذي استعمل التَّوْرَ أن يبيعه قبل أن يستوفيه نقداً أو إلى أجل كان اشتراؤه نقداً أو إلى أجل، معناه أنه استعمله عنده ليعمله له من صفر قد أراه إياه فصار التَّوْرُ المستعمل على هذا الوجه سلعة بعينها اشتراها فجاز له أن يبيعها من غير الذي اشتراها منه نقداً أو إلى أجل كان اشتراها نقداً أو إلى أجل كما قال لا اختلاف في جواز ذلك، ولا يجوز له أن يبيعها من الذي استعمله إياها إذا كان قد نقده الثمن وغاب عليه إلا بعرض أو بمثل ذلك الثمن أو أقل، لأنه إن باعها منه بأكثر من الثمن الذي دفع إليه بعد أن غاب عليه كان سلف دراهم في أكثر منها. ولو كان استعمله التَّوْر على صفة مضموناً عليه من غير أن أراه إياه بعينه لجاز له أن يبيعه قبل أن يستوفيه من غيره بما شاء إذا تعجل على مذهب مالك، لأنه يحمل ما جاء عن النبي ﷺ من النهي عن ربح ما لم يضمن على الطعام خاصة خلاف قول عبد العزيز بن أبي سلمة وغيره من العلماء ممن حمل نهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن على عمومه في الطعام وغيره، وإليه ذهب ابن حبيب، وهو مذهب ابن عباس وظاهر قوله في الموطأ وإن كان مالك قد تأولها على مذهبه. وما ذهب إليه سحنون من أن البيع والإجارة في الشيء للمبيع لا يجوز في شيء من الأشياء كان يعرف وجه خروجه أو لا يعرف هو مشهور معلومٌ من مذهبه، فإن وقع فسخ عنده في القيام ورد إلى القيمة بالغة ما بلغت في الفوات، يعلم ذلك من مذهبه لقوله: وهذا

من بيع الغرر الذي لا يجوز على حال، فإنه لا يرى ما اشترى ولا كيف يكون خروج ما اشترط وقوله قبل ذلك في الذي ابتاع الثوب على أن على البائع خياطته أو قمحاً على أن على البائع طحينه أنه إن ضاع فلا ضمان عليه ويحط عن المشتري بقدر خياطته والطحين من الثمن إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصناعات فيسلك له سبيل الصناع في الضمان، إنما هو إعلام منه بالحكم في ذلك على مذهب مالك الذي يجيز البيع على هذا الشرط، لأنه إنما سئل عن تفسير مذهبه، وذلك بَيِّنٌ من فحوى المسألة لأنه أعلم في السؤال بإجازته لذلك، ثم قيل له: أرأيت إن ضاع هذا كله هل يضمن؟ يريد هل يضمن عند مالك على مذهبه في إجازة ذلك، فأجاب على الحكم في ذلك على مذهبه أعني مذهب مالك، فقال له السائل: ولا تراه من جهة البيع والإجارة، قال: لا، يريد ولا تراه أنت من جهة البيع والإجارة فيجوز عندك، قال: لا. والحكم في ذلك عنده على مذهبه أن يكون الضمان فيه من البائع على كل حال إن قامت البينة على التلف وكان ممن لم ينصب نفسه لتلك الصناعة لأنه بيع فاسد تلفت السلعة فيه بيد البائع قبل أن يقبضها المبتاع فوجب أن تكون مصيبتها منه، ويفسخ البيع، ويكون على البائع على مذهب مالك إذا تلف الثوب عنده وهو صانع قد نصب نفسه للعمل قيمته يوم البيع غير معمول ويفض الثمن الذي وقع البيع به على الثوب والعمل، فيكون للبائع منه ما ناب الثوب، فإن كان له فضل أخذه، وإن كان عليه أدَّاه، وإن قامت بيِّنة على التَّلف سقط عنه الضمان ويفض الثمن أيضاً على الثوب والعمل فلم يكن للبائع إلا ما ناب الثوب، وقال ابن نافع في المَدَنِيَّةِ إن القيمة تكون فيه يوم ذهب، وقال عيسى عن ابن القاسم فيها يوم البيع: وهو الصحيح، ومذهب مالك الذي ذهب إليه ابن القاسم وأشهب من أن البيع والإجارة في نفس الشيء المبيع يجوز فيما يعرف وجه خروجه وفيما لا يعرف وجه خروجه لإمكان إعادته للعمل إن خرج على غير الصفة حتى يعمل على الصفة، ولا يجوز فيما لا يعرف وجه خروجه وما لا يمكن إعادته للعمل هو الصحيح، إذ لا فرق في النظر والقياس بين أن تكون الإجارة في الشيء المبيع أو في غيره إذا علم وجه خروج ذلك

الشيء من العمل، فيسلم بذلك البيع من الغرر في الأصل الذي أصَّلَهُ سحنون من الفرق بين الإجارة والشركة في أن يكونا خارجين من البيع أو داخلين فيه، لا يلتزمه ابن القاسم ولا يقول به لا في الإجارة ولا في الشركة لأنه يجيز أن تكون الإجارة داخلة في البيع على الشرط الذي ذكرناه ولا يجيز الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر ولا بالطعامين المختلفين وإن استوت قيمتها وإن كان البيع أو الصرف غير خارجين عن الشركة لما يدخل ذلك عنده من عدم المناجزة، وسيأتي بيان هذا في موضعه من الشركة إن شاء الله تعالى.

ومن كتاب حبل حبله

وسألت ابن القاسم وابن وهب عن الصناع مثل الصباغ أو القصار أو غيره يفسد الثوب يقطعه أو يحرقه فقال: هو ضامن قلت: غرّ من نفسه أو لم يغر؟ قالا: نعم، وإن كان رب الثوب سار به إلى منزله فيعمله عنده في المنزل فأحرق شيئاً أو أفسده فليس عليه ضمان إلا أن يكون غَرَّ من نفسه لأنه أجير، قلت لابن القاسم: فإن كان أتاه بثوب في حانوته يكمده له فكمده فلم يزل عنده حتى قطعه من غير تَعَدٍّ ولا تفريط، قال: إذا عمله في حانوته فهو ضامن غر من نفسه أو لم يغر.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الصانع ضامن لما أفسده من الأعمال التي يعملها في داره أو حانوته غر من نفسه أو لم يغر صحيح لا اختلاف فيه لأن الأصل ما أخذ الأمتعة فيه على الضمان إلا أن يكون الفساد من أمر غالب كالنار فيسقط عنه الضمان إلا أن يثبت عليه التفريط والتضييع حسبما مضى في رسم سن من سماع ابن القاسم أو ما فيه غرر من الأعمال على ما يأتي في نوازل أصبغ. قال سحنون في كتاب ابنه: وإذا أخرج القصار الثوب أسود فليعده حتى يجوده، فإن كان يفسد إذا ردّه ويسترخي وينكسر وجهه وخِيفَ

عليه أن يحرق فلا يرده وينظر، فإن أفسده ضمن قيمته وإن كان الفساد فيه يسيراً ودي قيمة ذلك، وكان له قيمة العمل على دناءته ما لم يجاوز شرطه، وقال في الخياط: يقلب الثوب إلى داخل فإنه يفتقه ويعيده، فإن كان الفتق ينقصه يخير ربه بين أن يضمنه قيمته يوم قبضه أو يأخذه بفتقه خياطته، وأما إذا صار الرجل بالصانع إلى داره فيعمل عنده فلا ضمان عليه فيما أفسد في عمله إلا أن يغر من نفسه أو يثبت عليه أنه تعدى في عمله لأنه أجير على ما قال مؤتمن، فهو محمول على غير التعدي حتى يثبت عليه التعدي ويأتي على مذهب ابن الماجشون الذي ذكرناه أنه محمول على القصد إلى الإفساد حتى يثبت براءته من ذلك. وقول ابن القاسم: إن الكماد إذا كمد الثوب في حانوته فقطعه من غير تعَدٍّ ولا تفريط إنه ضامن له وإن كان صاحبه معه فهو عندي صحيح على أصولهم إذ لا تأثير فيما يلزمه من حكم الضمان لكون صاحبه معه، وقد قال أصبغ في الكماد يكمد الثوب مع رب الثوب فيصيبه خرق قال: إن كان الخرق الذي أصابه من كمد صاحب الثوب فلا ضمان على الكماد، وإن كان من كمد الكماد فهو ضامن، وإن جهل فهو بينهما، وقع قول أصبغ هذا في بعض روايات العتبية، وقال ابن لبابة فيه: إنه جيد صحيح، وأدخله ابن أبي زيد في النوادر من العتبية وقال: إنه في الواضحة وكتاب ابن المواز، وقوله: وإن جهل فهو بينهما معناه: أنهما إن قالا جميعاً لا نرى من عمل من هو منا فيلزم الصانع ضمان نصفه، وأما إن ادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه من عمله فوجه الحكم في ذلك أن يتحالفا جميعاً فإن حلفا أو نكلا لزم الصانع غرم نصفه، فإن حلف الصانع ونكل رب الثوب سقط عنه الغرم، وإن نكل وحلف رب الثوب لزمه ضمان جميعه، ورأيت لابن دحون أنه قال: قول ابن القاسم إن الكماد ضامن للثوب إذا قطعه في كمده وصاحبه معه غير مستقيم، كل من حضر عمل متاعه في داره أو في دار الصناع أو حانوته فأجيح به بحرق أو قطع فلا ضمان على الصانع، وإنما يضمن إذا لم يحضر صاحب المتاع وكان العمل في دار الصانع أو في حانوته، وإنما قال ذلك ابن دحون قياساً على قولهم في الكراء على الطعام إنه

لا يضمن إذا كان صاحب الطعام مع طعامه، وما أصاب في قياسه لأن قطع الثوب قد علم أنه من عمل الكماد، ولا تأثير لحضور رب الثوب في ذلك، فهو بخلاف دعوى الكرا ضياع الطعام بالغيبة عليه إذا لم يكن رب الطعام معه.

مسألة

قال عيسى: لو أن رجلاً دفع ثوباً إلى رجل يخيطه له أو يرقعه أو يقصره فضاع عند المدفوع إليه الثوب لم يكن عليه ضمانه إذا كان المدفوع إليه لم ينصب نفسه صانعاً ولا خياطاً ولا قصاراً وهو كالأمين لا يجب عليه الضمان حتى يكون رجل قد نصب نفسه للعمل فيجب عليه الضمان.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم في رسم أمهات الأولاد من قول سحنون على مذهب مالك، ومثله في المدونة، وهو مما لا اختلاف فيه، لأن الأصل في الصناع أن لا ضمان عليهم لأنهم أُجَرَاءُ، وقد أسقط النبي ﷺ عن الأجير الضمان، فأخرج أهل العلم الصناع من ذلك لنصبهم أنفسهم لأعمال الناس، وأخذ أمتعتهم، وإذا لم ينصب نفسه لذلك بقي على الأصل وسقط عنه الضمان.

ومن كتاب القطعان

قال عيسى بن دينار: قال ابن القاسم عن مالك إنه قال في رجل قاطع رجلاً يبني له بيتاً عشرة أذرع في عشرة أذرع، فبنى له خمساً في خمس، وزعم أنه أمره بذلك، وأنكر ذلك صاحب البناء، وليست لهما بينة، قال: يتحالفان ويتفاسخان إلا أن يشاء البنَّاء أن يبني له عشرة في عشرة فإن حلف ألزمه صاحب البنيان، فإن أبى ونكل عن اليمين أحلف الآخر وكان على البناء أن يبني له عشرة في

عشرة، فإن حلف البناء ونكل صاحب البنيان عن اليمين أجبر على أخذ ما بنى له البنَّاء، وإن حلفا جميعاً تفاسخا وقيل للبناء: أقلع نقضك إلا أن يشاء صاحب البنيان أن يدفع إليه قيمة بنيانه منقوضاً مطروحاً بالأرض. قال ابن القاسم: وقال مالك في رجل استأجر حائكاً ودفع إليه غزلاً ينسجه له ثوباً سَبْعاً في أربع فنسجه سِتّاً في ثلاث، وزعم أنه أمره بذلك، قال مالك: القول قول الحائك ويحلف، وإنما فرق بين الحائك والبناء لأن الحائك صانع من الصناع يضمن ما دفع إليه ويكون أولى بما دفع إليه من الغرماء إن فُلِّس صاحب الثوب حتى يستوفي أجرته.

قال محمد بن رشد: قوله في مسألة البنيان إنهما يتحالفان ويتفاسخان إلا أن يشاء البنّاء أن يبني له عشراً في عشر، يريد أو يشاء صاحب البنيان أن يأخذ ما بني له، وقوله: فإن حلف ألزمه صاحب البنيان، يريد أنه إن حلف البنّاء ونكل صاحب البنيان عن اليمين لزمه أخذ ما حلف عليه البنّاء على ما نص عليه بَعْدُ، فمعنى قوله: ومقتضاه أنه إن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما، وإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً انفسخ الأمر بينهما وقيل للبناء: اقلع نقضك إلا أن يشاء رب البنيان أن يأخذه بقيمته مقلوعاً ويتفاسخان لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه، صاحب البنيان يدعي على البناء بنيان عشرة في عشرة وهو منكر لذلك فوجب أن يحلف على ذلك ليسقطه عن نفسه، والبنَّاء مدع على صاحب البنيان يريد أن يلزمه ما لم يقرّ باشتراطه من خمسة في خمسة وما هو منكر له فوجب أن يحلف على ذلك لئلا يلزمه أخذه، فإذا حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً لم يكن للبناء إلا بنيانه يقلعه إلا أن يشاء ربّ البنيان أن يأخذه بقيمته مقلوعاً مطروحاً بالأرض كما قال، والفرق بين مسألة البنيان ومسألة الحائك، أن الحائك صانع من الصناع، فصاحب الثوب يرجع عليه في الغزل الذي دفعه إليه ليصنعه أنه صنع منه ما لم يأمره به كما لو دفع إليه خشباً ليعمل منه أبواباً فلما عملها قال لم آمرك إلا

بتوابيت، فوجب أن يكون القول للحائك لأنه مدعىً عليه، وقد أحكمت السنة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة كلاماً فيه نظر لا يصح عند التفصيل إنما وجب التحالف والتفاسخ لأن الأداة والحجارة والخشب من عند البناء، فصار كرجل باع سلعة بثمن فقال المشتري أكثر من هذا القدر اشتريت منك، فوجب التحالف والتفاسخ. فأما لو كانت الحجارة والخشب والآلة من عند صاحب الدار كان القول قول البنّاء لأنه أجير للبائع، فالقول قول صاحب الدار في الأجرة إلا أن يقبض الأجير أجرته فيكون القول قوله أيضاً كالمتكاريين يختلفان في الأمد والأجرة، ولذلك قال في الحائك القول قوله، لأن الغزل من عند رب الثوب والحائك إنما هو أجير ليس ببائع شيئاً، ولو كان الغزل من عند الحائك كان سلماً في ثوب موصوف، فإذا اختلفا في طوله وعرضه تحالفا وتفاسخا على الأصل الأول لأنه بيع اختلفا في قدره، وقد قيل إنه سلم في صفة فالقول قول المسلم إليه، وقيل إنه ليس من باب السلم لأن تأخير النقد فيه جائز، وإنما هو بيع، وقيل المسألة حائلة لعدم الأجل وتأخير النقد.

قال محمد بن رشد: هذا نص قول ابن دحون، وهو كلام مدخول من ذلك أنه قال: إنما وجب التحالف والتفاسخ لأن الأداة والحجارة والخشب من عند البنّاء فصار كمن باع سلعة وادعى المشتري أكثر منها. ولو كان هذا معنى المسألة لما وجب أن يفسخ الجميع بالتحالف لأن ما بنى البنّاء من ذلك قد أفاته بالبناء وجعل صاحب البقعة قابضاً له لكونه مبنيّاً بأمره في البقعة، فوجب أن يكون القول فيه قول المشتري وينفسخ الباقي على أصولهم في اختلاف المتبايعين في عدد السلع وقد قبض المشتري بعضها أو في المتكاريين في مدة كراء الدار وقد مضى بعضها. ومن ذلك أنه قال: ولو كانت الحجارة والآلة والخشب من عند صاحب الدار كان القول قول البنّاء كالمتكاريين يختلفان في الأمد والأجرة، وذلك ما لا يصح لأن المتكاريين متفقان على النوع مختلفان في قلة وكثرة، ومسألتنا إنما الاختلاف فيها في الأنواع، وإنما كانت تشتبه المسألتان لو قال البنّاء قاطعتك على بنيان بيت خمسة في خمسة، وقال

صاحب الدار إنما قاطعتك على بنيان بيتين خمسة في خمسة خمسة في خمسة، وكذلك قوله لو كان الغزل من عند الحائك كان سلماً في ثوب إلى آخر قوله فيه من الأعراض ما لا يخفى لقوله فيه. وقد قيل: إنه سلم على صفة، وقيل: ليس هو من باب السلم لأن تأخير النقد فيه جائز، وقيل: إنها مسألة حائلة، إذ ليست بمسألة اختلاف، وإنما هي مسألة فيها تفصيل، وقد ذكرنا تحصيله في كتاب السلم من كتاب المقدمات مستوفى فاختصار التكلم عليه هنا أولى، ولا فرق على ما بيناه فيما يوجبه الحكم من التحالف والتفاسخ بين أن تكون الخشب والحجارة والآلة من عند البناء أو من عند صاحب الأرض، إذ ليس البناء الذي يختلفان في صفة صنعته في النقص فيختلف الحكم فيه بين أن يخرجه البناء وصاحب البقعة، وإنما هو بناء مضاف إليه، فإذا اختلفا في صفته وجب التحالف والتفاسخ فيه بينهما ورجع النقص إذا تحالفا لمحرجه منهما، وبالله التوفيق.

ومن كتاب النسمة

قال ابن القاسم في الخياط يدفع إليه ثوبه ليخيطه ثم أتاه بعد ذلك غيره بثوب آخر ليخيطه هل هو في سَعَةٍ أن يخيط الآخر قبل الأول إذا لم يكن موعوداً ولكن كل واحد منهما يُحبُّ تعجيل ثوبه، قال: أحب إليّ أن يبدأ بالأول، والأول أحقهما وأعدل، ولم أسمع في هذا بشيء، ولعله أن يكون واسعاً إذا كان الشيء الخفيف الرقعة.

قال محمد بن رشد: هذا بَيِّنٌ على ما قال إن الاختيار له أن يقدم الأول فالأول من غير أن يكون ذلك واجباً عليه إذ لم يجب عليه عمله في يوم بعينه فيكون بتأخيره عنه قد ترك واجباً عليه، وكذلك قال مطرف وابن الماجشون لا بأس على الصناع أن يقدموا من أحبّوا ما لم يتعدوا ظلماً ولا يقصدوا مطلاً، وكذلك يقولان في الرحى، وقال سحنون في كتاب ابنه: لا يقدم صاحب الرحى أحداً على من أتى قبله إذا كانت سنة البلد أنْ يطحنوا على الدولة، وإن تحاكموا إلى السلطان في ذلك قضى بينهم بسنة بلدهم،

وليس قول سحنون بخلاف لقول غيره لأن العرف كالشرط.

من سماع محمد بن خالد بن عبد الرحمن بن القاسم

محمد بن خالد: سألت ابن القاسم عن صاحب الفرن إذا ذهب منه الخبز أيضمن؟ قال: نعم يضمن، قال ابن القاسم: وإن احترق من غير تضييع منه له فلا شيء عليه، قال ابن القاسم: والطحان ضامن لما دفع إليه من القمح يطحنه.

قال محمد بن رشد: هذا بَيِّنٌ على ما قال لأن الفران والطحان صانعان من الصناع فيضمنون ما ادعوا تلفه وما أتى فساده على أيديهم وإن لم يغروا إلا بما كان من أمر غالب كالنار أو ما فيه غرر من الأعمال فلا يضمنون فيه إلا أن يغروا أو يتعدوا أو يفرطوا حسبما مضى القول فيه في رسم حبل حبلة من سماع عيسى، وإنما سقط عنهم ضمان ما علم أنه ليس من فعلهم وأنه قرض فأر أو لحس سوس أو ما أشبه ذلك، قيل: إذا ثبت أنهم لم يضيعوا، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وقيل: إلا أن يثبت أنهم ضيعوا، وهو قول ابن حبيب، ويسقط عنهم ضمان ما أقام البينة على تلفه من غير سببهم، فروى ابن وهب عن مالك في موطئه في الذي يدفع إلى الخياط ثوباً فيخيطه فيصيب بيت الخياط حريق فيرى ثوب الرجل فيه يحترق، قال: على الخياط فيه الضمان إلا أن يكون سيل أو صاعقة، وقال في الرهن مثله، ومثله لأشهب في ديوانه ولمالك في كتاب ابن المواز وهو على قياس قوله في المدونة إذا قرض الفأر الثوب وعلم أنه قرض الفأر فهو ضامن إلا أن يثبت أنه لم يكن في ذلك سبب من أجل تضييع، وانظر على مذهب من يرى إذا ثبت أنه قرض الفأر أنه لا ضمان عليه حتى يثبت أنه كان له في ذلك سبب من تضييع هل يقال إذا وقع النار في بيته فرأى الثوب يحترق أنه لا ضمان عليه حتى يثبت أن النار من سببه لغالب العادة أن أحداً لا يحرق بيته ليصدق في ذهاب أمتعة الناس، أو يفرق بينهما بأن فساد الثوب قد علم أنه من قرض

الفأر،والنار هو يقدر على عملها، فوجب أن يضمن حتى يعلم أنه من غير سببه، والأَشْبَهُ أن لا فرق بينهما لأنه قد علم إحراق النار للثوب كما قد علم قرض الفأر له، فإذا صدق أنه لم يكن له في قرض الفأر سبب من تضييع وجب أن يصدق أنه لم يكن له في النار سبب، والله أعلم. ولا اختلاف بينهم أحفظه أنه إن احترق بيتُه أو سرق أو ذهب به السيل فادعى أن المتاع تلف في جملة متاع بيته أنه لا يصدق، وبذلك جاءت الرواية عن مالك في الصناع تحترق منازلهم فيدعون ذهاب أمتعة الناس، وقد مضى في رسم مسائل بيوع ثم كراء من سماع أشهب القول في ضمان القصاع الفران وضمان الأوعية الطحان وما تعلق بذلك.

مَسْــألة

سألته عن الرجل يأتي الصانع بقطعة ذهب ويقول: اقطع منها مثقالاً واعمل بها خاتماً واحبس ما بقي فيزعم الصانع أنه ذهب منه قبل القطع، أو بعد القطع أو يأتي إلى الصانع يستعمل منه سوارين فيأتيه بسوار يعمل عليه فيزعم أن السوار ذهب، هل تراه ضامناً؟ فقال: أما السوار فقد تكلم مالك فيه ورأى الضمان عليه لأن به تمّ استعمال ما استعمله إذا أمره أن يعمل عليه، وأما الذهب فليس مثله ولا ضمان عليه فيه إلا المثقال الذي أمره بعمله، والقول قوله في أنه تلف قبل أن يقطعه أو بعد أن قطعه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفى في رسم مسائل بيوع ثم كراء من سماع أشهب فلا معنى لإعادته.

مَسْــألة

وسئل أصبغ عن الرجل يأتي الخراز بخفين يستعمله في أحدهما

شيئاً فيقرهما عنده جميعاً فيزعم أنهما ضاعا، فقال: لا يضمن إلا الواحد الذي استعمله.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه لا يضمن إلا الذي استعمله فيه منهما، وإنما اختلف في صفة تقويمه عليه حسبما مضى القول فيه في رسم بيوع ثم كراء من سماع أشهب فلا معنى لإعادته.

من سماع أصبغ
من كتاب البيع والعيوب

قال أصبغ: سمعت أشهب وسئل عن الذي يدفع قمحه إلى الرجل فيطحن على إثر النقش يفسده بالحجارة، قال: يضمنه مثل قمحه، وقاله أصبغ: إلا أن يكون علم بالصب بالأثر ورضي. وسئل عنه ابن القاسم إذا نقص عنه الدقيق، فقال: على الطحان ضمان ما نقص ما يخرج مثل قمحه من الدقيق إذا عرف.

قال محمد بن رشد: أما قول أشهب: إنه يضمنه مثل قمحه إذا طحنه إثر النقش فأفسده بالحجارة فهو بَيِّنٌ لا إشكال فيه لأنه لما أفسد عليه قمحه في الطحين كان مُخَيَّراً بين أن يسقط عنه حكم فيأخذ مفسوداً ويودي إليه اجره على طحينه، وبين أن يغرمه مثل القمح الذي أفسد عليه، فإن أغرمه مثل القمح كان عليه أن يطحنه له على ما استأجره عليه لأن مثله كعينه، وليس له أن يغرمه مثل الدقيق سالماً من الحجارة، ولو رضي الطحان بذلك لم يجز لأنه إذا فعل ذلك كان صاحب الطعام قد اشترى الدقيق الذي أخذ من الطحان بالقمح الذي وجب عليه وبالأجرة التي يدفعها إليه فدخله القمح بالدقيق متفاضلاً، ويجوز ذلك على مذهب عبد العزيز بن أبي سلمة وغيره ممن يرى الطحن صنعة إذا قبض الدقيق وكأنه ولم يؤخره، وأما إذا نقص الدقيق فقول ابن القاسم إنه يكون على الطحان ضمان ما نقص ما يخرج مثل قمحه من الدقيق خلاف قوله في المدونة إن القصار إذا ضاع عنده الثوب قبل العمل أو

بعده فيلزمه قيمته يوم دفع إليه غير معمول، وليس لرب الثوب أن يضمنه قيمته معمولاً ويؤدي إليه أجرة قصارته، فالذي يأتي في هذه المسألة على قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة أن يكون على الطحان من القمح ما يخرج منه قدر نقصان الدقيق، فإن كان القمح في التمثيل ثمانية أَقْفِزَةٍ والثمانية الأقفزة تكون مطحونة يدفعها تسعة أقفزة فلم يجد في الدقيق إلا ثمانية أقفزة ونقصه قَفِيز فيؤدّي إليه ثمانية أتساع قفيز من قمح، ويكون عليه أن يطحنه له فيصير قفيزاً مطحوناً ويأخذ أجرته، فإن لم يطحنه نقص من أجرته على الطحين ما ينوبه، وذلك تسع الأجرة، ولا يجوز له على قياس هذا القول أن يأخذ منه ما نقصه من الدقيق لأنه يكون إذا فعل ذلك قد ابتاع منه قفيز دقيق بثمانية أتساع قفيز من قمح وجبت له قبله وتسع الأجرة فيدخله التفاضل بين القمح والدقيق، وقال ابن دحون في هذه المسألة: إنه كان الأصل أن يضمن ما نقصه قمحاً لأنه إنما أعطاه قمحاً ويكون عليه طحن ما نقصه من القمح، استحبّ ابن القاسم ذلك فجعله يضمنه دقيقاً، هذا نص قول ابن دحون، وهو قول غير صحيح، إذ لو كان الواجب له عنده قمحاً لما جاز له أن يأخذ منه دقيقاً أكثر من القمح الذي وجب له وبما يجب له من أجرة الطحين، وإنما قال: إنه يأخذ منه الدقيق لأنه رأى أنه الواجب له على قياس ما ذكرناه من أن الثوب إذا ضاع عند القصار لزمه ضمانه مقصوراً وكانت له قصارته، وفي كتاب محمد أن ذلك يلزمه إذا ضاع بعد القصارة، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يؤدي قيمته يوم قبضه ولا أجرة له، وهو قوله في المدونة، والثاني: أنه يؤدي قيمته معمولاً ولا تكون له أجرته، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في هذه المسألة، والثالث: التفرقة في كتاب ابن المواز بين أن يضيع قبل العمل أو بعده، وقد ذهب أبو إسحاق التونسي إلى قول ابن القاسم في هذه المسألة على قوله في سماع يحيى من كتاب كراء الرواحل والدواب في الكري يبيع الطعام الذي استكري على حمله في بعض الطريق، ولو قال إن قوله في تلك المسألة على قياس قوله في هذه لكان أشبه، لأن هذه المسألة جارية على أصل فهي أشبه أن يكون أصلاً لا

فرعاً لها يقاس عليها ولا يدخل شيئاً من هذا الاختلاف في المسألة التي قبلها لأشهب، لأنها مسألة أخرى، فقول العتبيّ وسئل عنه ابن القاسم إذا نقص الدقيق غلط، والصواب وسئل ابن القاسم إذا نقص الدقيق بإسقاط عنه، وقد مضى القول هناك في توجيه الرواية فلا معنى لإعادته.

مسألة

وسئل عن الغسال يكثر عليه المتاع فيستأجر الأُجَرَاء يبعثهم إلى البحر بالثياب فيزعمون أنه ضاع منهم بعض ذلك، قال: يضمنون، قيل له: أيضمن الأجراء؟ قال: نعم لأنهم أجراء في صناعة، فكل أحد في صناعته فهو ضامن، قيل له: وكذلك الخياط يستأجر الأجراء عنده فيدفع إليهم بعض الأمتعة ينقلبون بها يعملون بها فيدّعون أنها ضاعت، قال: نعم، الصناع والخيّاط واحد.

قال محمد بن رشد: في المدونة قول ابن القاسم إنه لا ضمان على أجير القصار فيما أتى على يديه مما استأجره القصار عليه إلا أن يكون ضيع أو فرط أو تعدّى، وضمان ذلك على القصار لرب الثوب، وليس ذلك بخلاف لقوله في هذه الرواية لأنّ المعنى في قوله في المدونة إنه لا ضمان على أجيره فيما أتى على يديه مما عنده في حانوته أو في داره، والمعنى في هذه الرواية أنه يضمن ما قاطعه عليه من الثياب فانقلب بها لعملها وغاب عليها فَادَّعى تلفها أو أفسدها لأنهم أجراء في الصناعة، فإذا نصبوا أنفسهم للعمل فهم كالصناع في الحكم، فسواء أخذوا العمل من التجار أو أخذوه من صناع مثلهم هم في ضمان الصناع كمن استأجرهم من الصناع، وبالله التوفيق.

ومن كتاب القضاء المحض

وسئل ابن القاسم عن رجل دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه له

فأراد الخياط أن يستخيطه غيره فمنعه، قال: إن لم يكن شرط عليه أنه يخيطه بيده فله أن يستخيطه.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى القول فيها محصلاً مستوفى في أول سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب الجامع

وسئل عن المعلم هل يذهب إلى قريته لإصلاح ضيعته فيقيم عن صبيانه اليومين والثلاثة ونحو ذلك، قال: نعم، يفعل ذلك إن شاء، وقد يفعل ذلك القاضي وهو أجير المسلمين، وقاله أصبغ، وقد يستراح بمثل ذلك المرة بعد المرة في القرية.

قال محمد بن رشد: هذا بَيِّنٌ على ما قال إن الأمر في ذلك واسع لأنه المعروف من الفعل الذي جرى عليه الناس، فالتضييق فيه والتحرج منه من الغلو في الدين والحرج الذي رفعه الله عن عباده المسلمين لقوله عز وجل: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾(٧) **ومن نوازل أصبغ بن الفرج** قال أصبغ في الذي يعطى اللؤلؤة ليثقبها فتخرم فإذا انخرمت في موضع الثقب فلا شيء عليه، وكذلك لو أعطيها يعملها على أجرة أو على غير أجرة إذا تعدى الثقب الفساد، وإذا كان في الثقب لم يكن عليه شيء، وقد قال أصبغ في مسألة الثقاب: الذين يثقبون اللؤلؤ والصياقلة وجميع الصناع إذا أتى على أيديهم تلف من كسر لؤلؤة أو انقطاع السيف أو انكسر بعض الحجارة الجوهرة مما يجلى أو يثقب فإنه ما أتى من ذلك على أيدي الصناع في عملهم فلا شيء عليهم، وإن قال أهل البصارة: إنه أخذها من غير مأْخَذِها وغر من نفسه وظهر فيها أنه لم يأخذها من مأخذها فهو ضامن لأنه ينزل منزلة المتعدي، وإذا أخذها من مأخذها ولا يغر من نفسه لم يكن عليه ضمان، وقبل قوله بلا بينة

---

(٧) الآية ٧٨ من سورة الحج.

لأن شاهده فيه حاضر ظاهر، ورب اللؤلؤة مدع عليه التعدي إذ لا يظهر فيها من صنعته إلا ما كان يجوز له أن يعمله وهو له مقام شاهد، لأنه قد أذن له في العمل وجعل ذلك إليه ومكنه، وهو مدع عليه فيما يريد من الضمان، وكذلك كل صاحب صنعة على هذا الشرح.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه إن كان فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب اللؤلؤة ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز للفران والثوب في قدر القصار وما أشبه ذلك فإنه لا ضمان عليهم في شيء منه إلا أن يفرط أو يتعدى أو يأخذه من غير مأخذه بعمد أو جهل أو خطأ، وكذلك البيطار يطرح الدابة فتموت من ذلك، والخاتن يختن الصبي فيموت من ختانته، والطبيب يسقي المريض فيموت من سقيه، والحجام يقلع ضرس الرجل فيموت من ذلك لا ضمان على واحد من هؤلاء في ماله ولا على عاقِلَتِهِ لأنه مما فيه التغرير فكأن صاحبه قد عرضه لما أصابه، وهذا إذا لم يخطىء في فعله، وأما إذا أخطأ مثل أن يسقي المريض الطبيب مما لا يوافق مرضه أو تَزِلَّ يدُ الخاتن والقاطع فيتجاوز في القطع أو الكاوي فيتجاوز في الكي أوْ يَدُ الحاجم فيقلع غير الضرس التي أمر بها فهي جناية خطأ تكون على العاقلة إلا أن يكون أقل من الثلث فيكون ذلك في ماله، وذلك إن كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسه، وأما إن غر من نفسه فعليه العقوبة من الإمام، واختلف في الدية فقيل إنها تكون عليه في ماله ولا يكون على العاقلة من ذلك شيء، وهو ظاهر قول مالك في سماع ابن القاسم وأشهب من كتاب السلطان، وقيل: إنه يكون على العاقلة من ذلك الثلث فصاعداً، وهو قول عيسى بن دينار ورواية أصبغ عن ابن القاسم في كتاب الديات محمولة على ذلك، وبالله التوفيق.

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

وسئل سحنون عن صباغ: دفع عليه رجلان ثوبين ليعملهما،

وأحدهما أجود من الآخر، فغلط الصباغ فأعطى صاحب الردي جيداً وأعطى صاحب الجيد ردياً فلم يعلما ذلك حتى لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه، فقال: يأخذ كل واحد منهما ثوبه ثم ينظر ما نقص كل واحد منهما اللبس، فيكون قصاصاً بينهما، فإن كان أحدهما قد نقصه اللبس أكثر رجع بالأكثر على العامل، وتفسير ذلك أن يقال: كم نقص اللباس للثوب الذي لبس هذا؟ فإن قيل: نقصه اللبس عشرة دراهم، قيل: فكم نقص هذا الثوب الآخر اللبس؟ فإن قيل خمسة دراهم، قيل للذي نقص ثوبه عشرة: قد لبست أنت من ثوبه ما نقصه خمسة دراهم، فقد صارت تلك الخمسة قصاصاً بخمسة من عشرتك وبقيت لك تمام عشرة ارجع بها على الصباغ الذي جنى عليك وأخطأ وأعطاك ثوب غيرك.

قال محمد بن رشد: قول سحنون هذا خلاف قول ابن القاسم في أول سماع عيسى لأنه قال: إنهما يتقاصان بما نقص لبس ثوب كل واحد منهما الثوب الذي لبسه، ولم يقل: إنها يتقاصان بما كان ينقص لبس كل واحد منهما ثوبه لو لبسه هذا اللبس كما قال في رواية عيسى، وقوله: إنه يرجع بتمام العشرة على الغسال الذي أخطأ وأعطاه ثوب غيره، معناه: إن اختار الرجوع عليه، فإن رجع عليه رجع الغسال على الاثنين اللابسين، وإن رجع على اللابس لم يكن للابس الرجوع على الغسال ولا على أحد، وقد مضى القول على هذه المسألة مستوفى هناك، فلا معنى لإعادته ولا حول ولا قوة إلا بالله.

كتاب النكاح الأول

من سماع عبد الرحمن بن القاسم عن مالك
من كتاب قطع الشجرة رواية سحنون

قال ابن القاسم: سئل مالك عن نكاح السكران، قال: لا أراه جائزاً، وطلاقه جائز عليه، ومن كتاب القضاء من سماع أشهب وابن نافع من مالك، قال سحنون: أخبرني ابن نافع وأشهب قالا: سئل مالك عن بيع السكران فقال: لا والله، ما أراه يجوز إن استوفى وكيف يعلم ذلك، وأخاف إن ربح قال كنت صحيحاً، وإن خسر قال كنت سكران، قلت له: وترى نكاحه مثل ذلك؟ قال: ومن يعلم أنه سكران؟ إذن يقتل هذا ويقع في الحدود، ويسرق متاع هذا، ويقول إني سكران، لا أدري ما هذا؟ قال سحنون قال لي ابن نافع: أرى أن يجاز عليه كل ما فعل من البيع وغيره.

وسئل سحنون عنها فقال: أرى نكاحه وبيعه وهباته وصدقاته وأعطياته بمنزلة واحدة سواء، لا يجوز منها شيء على حال من الحال، وإنكاحه بناته بمنزلة إنكاحه نفسه، لا يجوز ذلك، وعلى ذلك أكثر الرواة، قال: وإنما يجوز من أموره الحدود التي تجب في بدنه وطلاقه وعتقه، وما عدا هذا فليس بجائز عليه، وكذلك كتابته وتدبيره مثل عتقه جائز عليه، قال: وإقراره بالدين لا يجوز وهو

عندي مثل هبته، قال: وإذا أوصى السكران بوصية فيها عتق ووصايا القوم فإن ذلك لا يجوز أيضاً على حال، قال: وإذا أبت عتق عبيده في مرضه جاز ذلك عليه لأنه لو صحّ مضى ذلك عليه وهو بحال عتقه في صحته، فكل ما أعتق السكران فما له فيه الرجوع مثل الوصية فلا يجوز، وكل ما أعتق مما ليس له فيه الرجوع فذلك جائز عليه، قال: وهو الذي آخذ به والله أعلم، رجع سحنون بالعتبي في وصية السكران وقال: أرى وصيته جائزة ما أوصى فيها من عتق أو وصايا لقوم أو غيره، لا يكون اسوأ حالاً عندي من الصبيّ والسفيه، وذلك أن وصيتهما جائزة. فالسكران عندي أولى أن تجوز وصيته.

قال محمد بن رشد: السكران ينقسم على قسمين: سكران لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وسكران مختلط معه بقية من عقله إلاَّ أنه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطىء ويصيب، فأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف في أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأقواله فيما بينه وبين الناس وفيما بينه وبين الله إلا فيما ذهب وقته من الصلوات، فقيل إنها لا تسقط بخلاف المجنون من أجل أنه لما أدخل السكر على نفسه فكأنه قد تعمد تركها حتى خرج وقتها، وأما السكران المختلط الذي معه بقية من عقله فاختلف أهل العلم في أقواله وأفعاله على أربعة أقوال: أحدها أنه في حكم المجنون الذي القَلَمُ عنه في الشرع مرفوع فلا يحدّ في زنى ولا سرقة ولا قذف، ولا يقتصّ منه في قتل، ولا يلزمه عتق ولا طلاق ولا بيع ولا شراء ولا شيء من الأشياء، وهو قول أبي يوسف، وإياه اختار الطحاوي، واحتج له بما روي عن عثمان بن عفان أنه قال: ليس للمجنون ولا للسكران طلاق، وهو قول محمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك أن طلاق السكران لا يجوز، والثاني أنه في حكم الصحيح الذي ليس بسكران يلزمه ما يلزمه، لأن معه بقية من عقله يدخل به في جملة المكلفين

بدليل توجه الخطاب إليه في قول الله عز وجل: ﴿ يا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا ٱلصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾[1] وفيما روي أن منادي رسول الله ﷺ كان ينادي إذا أقيمت الصلاة: «لَا يَقْرَبَنَّ ٱلصَّلَاةَ سَكْرَانٌ»، وهو قول ابن نافع في الكتاب أرى أن يجاز عليه كل ما فعله من البيع وغيره، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، وقيل: إنما يلزمه ما يلزم الصحيح من أجل أنه هو أدخل السكر على نفسه، وليس بتعليل صحيح، وقيل إنما يلزمه ما يلزم الصحيح لأنه غير مستحق لاسم السكر لأن السكران هو الذي لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، قال ذلك أبو حنيفة، وهو بعيد لأن اسم السكر واقع عليه بدليل ما ذكرناه من القرآن والسنة، والثالث أنه يلزمه الأفعال ولا تلزمه الأقوال، فيقتل بمن قتل ويحد في الزنى والسرقة، ولا يحد في القذف، ولا يلزمه طلاق ولا عتق، وهو قول الليث بن سعد، والرابع أنه تلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود، ولا يلزمه الإقرارات والعقود، وهو مذهب مالك وعامة أصحابه، وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب، لأن ما لا يتعلق به لله حق من الإقرارات والعقود إذا لم يلزم الصبي والسفيه لنقصان عقولهما فأحرى أن لا يلزم ذلك السكران لنقصان عقله بالسكر، وما سوى ذلك مما يتعلق لله به حق يلزمه ولا يسقط عنه قياساً على ما أجمعوا عليه من أن العبادات التي هي حق الله من الصوم والصلاة وأشباههما تلزمه ولا تسقط عنه بالسكر، وقول مالك في أول المسألة في نكاح السكران: لا أراه جائزاً ليس معناه أنه عقد فاسد غير جائز، وإنما معناه: لا أراه جائزاً عليه ولا لازماً له إن أراد الرجوع فيه وادعى أنه لم يعرف قدر ما عقده من ذلك على نفسه من أجل سكره، وذلك إذا أقر له بما ادعاه من ذلك منازعه وخصمه، وأما إن كان أنكره فلا يصدق ويلزمه النكاح إلّا أن تكون له بينة أنه كان سكران لا يعقل، واختلف إن قالت البينة إنها رأت منه اختلاطاً ولم تبت الشهادة بسكره على قولين: أحدهما وهو المشهور أنه يحلف ولا يلزمه النكاح، روى ذلك زياد عن مالك وقاله مالك في المبسوط أيضاً، ومثله المريض يطلق ثم يدعي أنه لم

(١) الآية ٤٣ من النساء.

يكن يعقل على ما في سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة ومن كتاب الأيمان بالطلاق، والقول الثاني أنه لا يصدق ولا يمكن من اليمين، ويلزمه النكاح، وهو دليل قوله في رواية أشهب عنه: وكيف يعلم ذلك؟ وأخاف إن ربح قال كنت صحيحاً، وإن خسر قال كنت سكران إلى آخر قوله.

وقول سحنون إنه لا يجوز نكاحه ولا بيعه ولا هبته ولا صدقته ولا عطيته ولا إقراره بالدين معناه أنه لا يلزمه شيء من ذلك، وله أن يرجع عنه إذا أفاق على ما بيناه من مذهب مالك وذكرنا وجهه.

وقوله: إن الكتابة والتدبير كالعتق والحدود في جواز ذلك عليه ولزومه صحيح على مذهب مالك، وأما وصيته بالعتق وغيره فالصحيح على مذهب مالك أنها جائزة على القول الذي رجع إليه سحنون، لأن حكم وصيته حكم ما عقده على نفسه من البيع وغيره، ولا يقال في شيء من ذلك على مذهب مالك إنه غير منعقد عليه، وإنما يقال فيه على مذهبه إنه غير لازم له لو أراد الرجوع فيه إذا أفاق من سكره، فإذا لم يرجع في وصيته حتى مات وجب أن تنفذ كما تنفذ وصية الصحيح من السكر، فقول سحنون الأول إن وصية السكران لا تجوز غلط وُفِّقَ في سرعة الرجوع عنه وترك التمادي عليه، وكذلك تفرقته فيه بين ما بتل في مرضه من العتق وغيره إن مات من مرضه غلط أيضاً، والصحيح على مذهب مالك أنه إن مات من مرضه ذلك نفذ العتق وغيره من الثلث على معنى الوصية، وإن صح من مرضه ذلك نفذ عليه العتق ولزمه وكان له الرجوع فيما بتله من الهبة والصدقة من أجل السكر، والله أعلم.

مسألة

قال مالك من عبرة إنكاح البكر ولا تستأمر ما في القرآن: ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هاتَيْنِ ﴾(٢) لم يذكر في هذا ٱسْتِئْمَاراً.

(٢) الآية ٢٧ من القصص.

قال محمد بن رشد: قوله: من عبرة إنكاح البكر ولا تستأمر يريد من عبرة إنكاح الأب ابنته دون استئمار لأنّ غير الأب لا يزوج البكـر حتى يستأمرها لقول النبي عليه السلام: «وَٱلْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»(٣) واحتجاج مالك لمذهبه في هذه المسألة بهذه الآية يدل على أن شريعة من قبلنا لازمة لنا عنده إذا لم يكن في شرعنا ما ينسخها عنا، ويدل على ذلك من مذهبه أيضاً احتجاجه في موطئه بقوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾(٤) وإنما هو خطاب لليهود في شرعهم، والدليل على ذلك قول الله عز وجل: ﴿ أُولَئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ ٱقْتَدِهْ ﴾(٥).

وقال النبي عليه السلام: «إِذَا نَامَ أَحَدُكُمْ عَنِ ٱلصَّلاةِ أَوْ نَسِيَهَا ثُمَّ فَزِعَ إِلَيْهَا فَلْيُصَلِّهَا كَمَا كَانَ يُصَلِّيهَا فِي وَقْتِهَا» فَإِنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ يَقُول: ﴿ وَأَقِمِ ٱلصَّلَاةَ لِذِكْرِي ﴾(٦) والخطاب بذلك إنما هو لموسى في التوراة، ومن أهل العلم من ذهب إلى أنها غير لازمة لنا بدليل قول الله تعالى: ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً ﴾(٧) ومنهم من ذهب إلى أنه لا يلزمنا منها إلا شريعة إبراهيم خاصّة لقوله عز وجل: ﴿ ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أن ٱتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ ﴾(٨) وقوله: ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾(٩) أي الزموها، ومنهم من ذهب إلى أنه لا يلزمنا منها إلا شريعة عيسى لأنها ناسخة لما تقدم من الشرائع، ومنهم من ذهب إلى أنه يلزمنا من شريعة موسى ما لم يكن في شريعة عيسى ما ينسخه، ومما يعتبر به في جواز إِنْكَاحِ الأَبِ ابنتَه البكر دون مؤامرتها مما توجه الخطاب فيه إلينا دون من قبلنا قول الله عز وجل: ﴿ وأَنْكِحُـوا الأَيَامَـى مِنْكُمْ

(٣) في الستة الصحاح ومسند أحمد بعبارات مختلفة.
(٤) الآية ٤٥ من المائدة.
(٥) الآية ٩٠ من الأنعام.
(٦) الحديث في باب وُقُوت الصلاة من الموطأ.
(٧) الآية ٤٨ من المائدة.
(٨) الآية ١٢٣ من النحل.
(٩) الآية ٧٨ من الحج.

وَٱلصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وإمَائِكُمْ﴾(١٠) الآيةِ لأنه أمر بإنكـاح الأيامَى من الأحرار والعبيد ولم يذكر في ذلك استئماراً ولا خَصَّ أباً من غيره، فوجب بظاهر هذه الآية أن لا يستأمر الأب ولا غيره من الأولياء الأيامَى من الأحرار ومن اللواتي لا أزواج لهن كما لا يستأمر السيد عبده ولا أمته في النكاح إذ جاءت الآية في ذلك كله مجيئاً واحداً فخصصت السنة من ذلك من عدا الأب من الأولياء في الأيامى الأحرار بقول النبي عليه السلام: «ٱلأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَٱلْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، وإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»(١١) وخصص الإجماع من ذلك الأب في ابنته الثيب وبقي الأب في ابنته البكر على عموم الآية يزوجها دون استئمار كما يزوج السيد عبده وأمته دون إذنهما، ومن الحجة لمالك أن أهل العلم قد أجمعوا على أنه يزوج ابنته البكر قبل بلوغها دون استئمار، فمن ادعى أن عليه أن يستأمرها إذا بلغت وجب عليه الدليل، وهذا استدلال باستصحاب حال الإجماع وهو دليل صحيح عندهم، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك: لا ينبغي لرجل علم من وليته فاحشة أن يخبر بذلك إذا خطبت.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن من تزوج امرأة فاطلع على أنها قد كانت زنت لم يكن له أن يردها بذلك فإذا لم يكن ذلك عيب فيها يجب به للزوج ردها لم يكن على وليها أن يعلمه به، بل واجب عليه أن يستره عليها لأن الفواحش يجب على الرجل أن يسترها على نفسه وعلى غيره، قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَصابَ مِنْ هَـٰذِهِ ٱلْقَاذُورةِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ الله فَإِنَّه مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِم عَلَيْهِ كِتَابَ الله»(١٢) وقَال لهزال: «يَا هَـٰذَا لَوْ سَتَرْتَهُ

(١٠) الآية ٣٢ من النور.

(١١) هو عند أبي داوود والترمذي وابن ماجه وعند مالك في الموطأ.

(١٢) هو في كتاب الحدود من الموطأ.

بِرَدَائِكَ لَكَانَ خَيْراً لَكَ»[١٣] وفي الموطأ أن رجلاً خطب إلى رجل أخته، فذكر أنها قد كانت أحدثت، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضربه، ثم قال مالك: وللخبر[١٤] وكذلك لا يجوز له ولا ينبغي له أن يخبر من عيوب وليته بشيء مما لا يجب ردها به من العور والعمى والسواد وشبه ذلك، قال ذلك مالك في كتاب ابن المواز، والنكاح في هذا عندهم بخلاف البيوع لا يجوز للبائع أن يكتم من سلعته شيئاً لو ذكره لكرهه المشتري، وكل ما نقص من ثمنها فهو عيب فيها، والفرق بين النكاح والبيع أن البيع طريقه المكايسة، والنكاح طريقه المكارمة، وليس الصداق فيه ثمناً للمرأة ولا عوضاً عن شيء يملكه الولي، وإنما هو نحلة من الله فرضه للزوجات على أزواجهن، وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: قال مالك: من قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسرّرت عليك إلا بإذنك فأمرك بيدك، فأذنت له في جارية أو امرأة فطلق تلك المرأة أو باع تلك الجارية، ثم بدا له أن يرجع فيتزوجها أو يتسرّر أن ذلك إلى امرأته إن شاءت أذنت له، وإلا فلا، وإن أذنت له فنكح أو تسرّر فندمت فأرادت أن تغير ذلك فليس ذلك لها بعد إذنها حتى يفارق أو يبيع، فيرجع الأمر إليها.

قال محمد بن رشد: قال في هذه الرواية إنه إن بَدَا لَهُ بعد أن يطلق تلك المرأة ويبيع تلك الجارية أن يرجع فيتزوجها أو يتسرّر أن ذلك إلى امرأته إن شاءت أذنت له وإلا فلا. ولم يوجب عليها أن تحلف إنها إنما أذنت له في تلك الجارية بعينها وفي نكاح تلك المرأة بعينها، ولم تكن أرادت بذلك ترك ما كان بيدها من الشرط فيهما وفي غيرهما، وذلك خلاف ما في رسم باع شاة من

(١٣) هو أيضاً في كتاب الحدود من الموطأ.
(١٤) كذا.

سماع عيسى بعد هذا، والاختلاف في هذا جارٍ على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، ولو حقق الدعوى عليه في أنها أسقطت عنه ما كان بيدها من الشرط فيها وفي غيرهما للزمتها اليمين قولاً واحداً، وقال فيها إنها إن أذنت له فنكح أو تسرّر فندمت وأرادت أن تغير فليس ذلك لها بعد إذنها حتى يفارق أو يبيع فيرجع الأمر إليها، فَسَاوَى بين المرأة والجارية في أنه ليس لها أن تمنعه من التمادي على وطئها حتى يبيع الجارية أو يطلق المرأة، وفرق بينهما ابن حبيب فقال إن لها أن ترجع عن الإذن والرضى في الجارية متى ما شاءت، لأن التسَرُّرَ أمْرٌ مُؤْتَنَفٌ، قال: وقد كان القياس أن لا يطأ إلا بإذْنٍ مُؤْتَنَفٍ عند كل وَطْأَةٍ، ولكن الاستحسان أن يجزيه إذنٌ واحد حتى تحدث منعاً لأنها على الإذن ما سكتت.

وحكى الفضل عن ابن القاسم مثل ذلك أيضاً، وأما إن أرادت لما أذنت له فتزوج أو تَسَرَّر أن ترجع فتأخذ بشرطها وتقضي في نفسها لم يكن ذلك لها باتفاق في هذه المسألة لقوله فيها إلا بإذنك لأنه إن استثنى إذنها فلم يوجب لها التمليك إلا إذا تزوج عليها أو تسرّر بغير إذنها فإذا تزوج عليها أو تسرر بإذنها لم يجب لها تمليك ولا كان لها أن تقضي بشيء، وقد حكى ابن حبيب أن قائلاً يقول إن لها أن تقضي وإن نكح بإذنها لأنها أذنت قبل أن يصير القضاء بيدها، وهو غلط ظاهر، إنما الاختلاف إذا قال لها إن نكحت عليك فأمرك بيدك ولم يقل إلا بإذنك فأذنت له فنكح، فلما نكح أرادت أن تقضي في نفسها وتأخذ بشرطها ففي سماع أصبغ عن أشهب أن ذلك لها، وهو قول سحنون في المجموعة، واحتج بالذي يسلم شفعته قبل الشراء، والمشهور أن ذلك ليس لها وهو قول أصبغ في سماعه وروايته عنه أيضاً فيه، وقول مالك في رسم اغتسل من هذا السماع، ومثله في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب التخيير والتمليك، وقد نص أشهب على الفرق بين أن يقول إلا بإذنك أو لا يقول ذلك في كتاب ابن المواز، والمعنى في الفرق بينهما بيّنٌ لا يفتقر إلى وجود النص فيه ولا يفترق ذلك عند مالك، فسواء على مذهبه

استثنى في تمليكها أمرها إن نكحها عليها إذنها أو لم يستثن ذلك فيه إن أذنت له فنكح لم يكن لها أن تقضي في الوجهين جميعاً، واختلف قوله إذا أذنت له أن ينكح إذْناً مبهماً لم تقل فيه متى ما شئت، فمرّةً قال إن له أن ينكح متى ما شاء، ومرة قال إن ذلك ليس له إلا بقرب إذْنِهَا، وقع اختلاف قوله في ذلك في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب التخيير والتمليك، وهذا الاختلاف جارٍ على الاختلاف في الأمر المطلق هل هو محمولٌ على الفور أو على التراخي. واختلف إن أذنت له في النكاح ثم رجعت في الإذن قبل أن ينكح فقال ابن حبيب ذلك لها، وفي رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب ليس ذلك لها، وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ بعد هذا، وحكى[١٥] ذلك الفضل عنه وعن غيره أيضاً، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك في جارية زوجها أبوها صبياً صغيراً برضى أبيه ثم هلك، فطلب أبو الجارية الميراث والمهر فأنكر أبوه أن يكون أصدق شيئاً وادعى أن ذلك على وجه الصلة، قال مالك: ليس له إلا الميراث إذا لم تقم له بينة، ولو كان إلا شاهد واحد رأيت أن تحلف الجارية إن كانت بلغت أو تؤخر إن كانت صغيرة حتى تبلغ وتعرف ما تحلف عليه.

قال محمد بن رشد: قال مالك في هذه الرواية: إن الجارية تحلف مع شاهدها إن كانت قد بلغت أو تؤخر إن كانت صغيرة حتى تبلغ يريد بعد يمين أبيه، فإن نكل عن اليمين غرم ولم يكن عليها إذا بلغت أن تحلف، وإن حلف وخرت كما قال حتى تبلغ فتحلف وتأخذ، فإن نكلت عن اليمين إذا بلغت لم يكن لها شيء ولم يحلف الأب ثانية وكفته اليمين الأولى. قال محمد: وهذا

---

(١٥) في ق ١: (وذكر) بدله.

بخلاف مبايعته لها، ويقيم شاهداً فيحلف معه، لأنه إن لم يحلف هاهنا لزمه غرم ما نكل عنه لأنه أتلف ولم يتوثق، ولأنه لا يبيع إلا بثمن معلوم، والنكاح على التفويض يجوز، فلم يتعدَّ، وإنما عليه أن يشهد في أصل النكاح لا في تسمية الصداق. قال محمد: وذلك عندي ما لم يدع أبوها التسمية مع الشاهد، فإن ادعى هذا فقد ضيع في التوثق، يريد فيحلف هو ويستحق الصداق الذي ادعى لابنته، فإن نكل غرمه بعد حلف أبي الصبي، والظاهر من الرواية أنه هو الذي ادعى التسمية مع الشاهد، فقول محمد خلاف للرواية، وما في سماع أبي زيد عن ابن القاسم من أنَّ أهل المرأة يحلفون في الشروط التي ادعى الزوج أن أباه شرطها عليه وهو صغير مثل قول محمد فهي مسألة فيها قولان. ومن هذا المعنى اختلافهم في الزوجين يختلفان في عدد الصداق أو في نوعه، فروى عيسى عن ابن القاسم في بعض روايات ٱلْعُتْبِيَّةِ أن ذلك إن كان قبل البناء فالقول قول الأب أو الولي إن كانت بكراً ويحلف لأنه ليس إليها الرضى بالمهر، فإن شاء الزوج أن يعطي ما حلف عليه وإلا حلف وانفسخ النكاح، وإن كان بعد البناء فالقول قول الزوج في عدد الصداق ولا يكون عليه إلا ما حلف عليه، وإن كان في نوعه تحالفا وردت إلى صداق مثلها، يريد ويغرم الأب والوصي الزيادة لتركه الإشهاد، قال فضل: وهكذا قال أصبغ في سماعه بعد أن حكى عن ابن القاسم أن البكر هي التي تحلف، فمن أوجب على الأب الإشهاد على تسميته الصداق قبل الدخول رأى عليه أن يحلف مع الشاهد الذي أتى به لأنه إن لم يحلف غرم لتركه الإشهاد، ومن لم يوجب عليه الإشهاد على ذلك رأي اليمين على الجارية، وهو الذي ذهب إليه في الرواية، ولو قال الأب له زوجها بتفويض وادعت هي على أبي الصبي أنه فرض لها بعد ذلك صداقاً وأقامتْ على ذلك شاهداً لحلفت هي باتفاق دون أبيها، ولو ادعى الأب التسمية بعد الدخول وهي أكثر من صداق المثل وأقام عليها شاهداً واحداً لحلف هو دونها باتفاق، فَقِفْ على أنها ثلاثة مواضع: موضع يحلف فيه الأب باتفاق، وموضع تحلف فيه الجارية باتفاق، وموضع يختلف فيمن يحلف منهما، وكذلك لو باع الأب سلعة

لابنه بأكثر من قيمتها فجحد المشتري الشراء والسلعة قائمة وأقام الأب عليه شاهداً واحداً يتخرج ذلك على قولين: أحدهما أن الأب يحلف لأنه ضيع في التوثق، فإن نكل عن اليمين ضمن الثمن لابنه، والثاني أن الابن يحلف إن شاء إذا لم يجب على الإشهاد إلا عند دفع السلعة، ولو دفع السلعة إلى المشتري فجحده لوجب عليه أن يحلف مع الشاهد باتفاق لأنه ضيع بترك الإشهاد، فإن نكل عن اليمين غرم الثمن على القول بأنه هو يحلف إذا لم يدفع السلعة والقيمة على القول بأن الابن هو يحلف، وكذلك الحكم في المأمور يوكل على بيع السلعة فيجحد المشتري وللمأمور شاهد واحد، وإذا كان للابن شاهد بحق لم يله الأب لم يكن عليه أن يحلف مع الشاهد لابنه، واختلف إذا كان الابن صغيراً فأراد أن يحلف ويستحق له حقه، فقال ابن كنانة ذلك له لأنه يمونه، وليس ذلك لأحد سواه من أم أو وصي، وأنكر ذلك ابن القاسم ولم يره، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: في المرأة تزوج بغير إذنها فتنكر ثم تخبر أن ذلك كله سواء، قال مالك: لا يجوز إلا بنكاح جديد، قال ابن القاسم: وإنما الذي كان يجيز مالك من ذلك فيما بلغني في الرجل يزوج ابنته الثيب أو أخته وهي معه في البلد مقيمة معه فيزوجها ثم تخبر فترضى، وكان يجيزه ويخففه، فقلت له: فالرجل يزوج ابنته الثيّب البائنة عنه في البلد فترضى حين تعلم، قال لا يجوز هذا النكاح ولا يقام عليه ويفسخ حتى يبدأ نكاح جديد، وذلك أنهما لو ماتا لم يتوارثا، فكيف يجوز نكاح إن ماتا قبل أن ترضى لم يتوارثا، فقيل له: فالرجل يزوج أختاً له معه حاضرة في البلد فأنكرت وقالت: لم أرض ولم أوكله ثم أقرت بعد ذلك وأحبت إجازته، قال: لا أرى ذلك إلا بنكاح جديد، قيل لسحنون: مامعنى قول مالك وهي

معه مقيمة في البلد؟ أهو أن تكون معه في مصر واحد وحضر واحد؟ أم تكون معه في البلد وإن كانت بعيدة إلا أن البلد تجمعهم؟ قال: بل معناه أن تكون معه في حكم واحد ويكون الذي بينهما قريباً مثل الأميال والبريد وما أشبهه، قلت لسحنون: فلو كان هو بالفسطاط والمرأة بالقلزم وبينهما مسيرة يومين، قال: ما أرى ذلك بكثير إذا أجازته في ذلك بالفور وأرسل إليها فأجازت، قال: وأما ما تباعد عنه جداً مثل الإسكندرية أو أسوان أو ما بعد من المواضع فإنه لا يجوز وإن أجازت، قال أصبغ مثله.

قال محمد بن رشد: أما إذا زوجها بغير أذنها وهي بعيدة عنه أو قريبة فتأخر إعلامها بذلك فلا يجوز النكاح وإن أجازته باتفاق من قول مالك وجميع أصحابه إلا ما تأوَّل أبو إسحاق التونسيّ من أن اختلاف قول مالك يدخل في القريب والبعيد ويفسخ قبل ما لم يدخل، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم الجواب من سماع عيسى واختيار محمد بن المواز، وقيل: ما لم يطل بعد الدخول، وهو قول ابن القاسم في رسم شهد من سماع عيسى، وقيل إنه يفسخ أبداً وإن طال، وهو قول أصبغ، واختلف هل يكون الفسخ فيه بطلاق؟ وهل يتوارثان إن مات أحدهما قبل الفسخ على قولين نص عليهما وهما قائمان من المدونة لأنه نكاح مختلف في جوازه بين أهل العلم؟ وقد نص في المدونة على الاختلاف في وجوب الطلاق والميراث فيما يفسخ من الأنكحة التي اختلف أهل العلم في جوازها، وتقع الحرمة به وإن فسخ قبل الدخول إذا كان الفسخ بعد الرضا باتفاق، واختلف إذا فسخ قبل الرضا أو قدمت فأنكرت فقال مالك في المدونة: إني لا أحب له أن يتزوج أمها ولا أن يتزوجها أبوه ولا ابنه، وقال أصبغ: بل لا يحل ذلك وأجازه ابن الماجشون، وهو الصحيح، وإيّاه اختار ابن أبي زيد، لأنها إذا أنكرت فلم يتمَّ بينهما شيء تقع به الحرْمة، واحتج بأن الرجل لو قال قد زوجت ابني فلاناً إن رضي، فقال فلان لا أرضى لم تقع به الحرمة، وإن كان له الرضى بإجماع فهذا أحرى

أن تقع به الحرمة، إذ لا يجوز النكاح إذا رضيت إلا على قول قائل ولا يتوارثان قبل الرضى، ولا يكون الفسخ فيه طلاقاً بإجماع إلا أن يدعي الولي عليها أنه زوجها بإذنها وتنكر هي ذلك، فروى عيسى عن ابن القاسم في المَدَنِيَّةِ أن الفسخ يكون في ذلك بطلاق، وهو بعيد، وأما إذا زوجها بغير إذنها وهي قريبة وأعلمت بالقرب أيضاً فرضيت فالمشهور في المذهب أن النكاح جائز. واختلف في حد القرب فقال أصبغ وسحنون: اليوم واليومان، وقال عيسى بن دينار: ذلك مثل أن يعقد النكاح في المسجد والسوق ثم يسار إليها بالخبز من ساعته، وإنما جاز هذا النكاح وإن كان للزوجة فيه الخيار لأنه خيار أوجبه الحكم لم ينعقد عليه النكاح، ولو أعلم الولي الزوج أنه لم يستأمرها في العقد عليها لوجب أن لا يجوز النكاح لدخوله على أن لها الخيار، فهو بمنزلة أن لو زوجه إياها على إن رضيت، وقد قال في سماع أبي زيد في ذلك إن النكاح يفسخ، ومن الناس من ذهب إلى أن يفرق بين المسألتين، بأن الحاضرين لهما مَنْدُوحَةٌ عن الخيار بخلاف الغائب، وهو بعيد، لأنه يلزم عليه جواز نكاح الغائبة البعيدة الغيبة لعدم القدرة على إنجاز النكاح، وروي عن مالك أن النكاح لا يجوز ويفسخ لأنه نكاح لو مات أحدهما فيه لم يتوارثا يريد ما لم يدخل، والله أعلم على هذا القول، وقال أصبغ إنما يؤمران قبل الدخول بالترك والفسخ، ولا يحكم بذلك عليهما، فقد روي عن مالك أنه قال: لا أحب المقام عليه وإن رضيت، وقال مرة إن رضيت جاز، واختلاف قوله هذا في الغيبة القريبة قائم من قول ابن القاسم في المدونة: وبلغني أن مالكاً مرة كان يقول هذا الذي حفظناه عمن أدركناه من شيوخنا أن اختلاف قول مالك إنما هو في القريب الغيبة، وهو الذي يدل عليه ظواهر الروايات، ونحا أبو إسحاق التونسي إلى أنه لا فرق على أحد قولي مالك بين قريب الغيبة وبعيدها، وهو الأظهر في القياس، لأن الخيار الذي للمرأة المزوجة بغير إذنها إن حكمنا له بحكم الشرط وجب أن يفسخ النكاح في القرب والبعد، وإن لم يحكم له بحكم الشرط وقلنا إنه خيار يوجبه الحكم فلا يفسد العقد كالعبد يتزوج بغير إذن سيده وما أشبه ذلك وجب أن يجوز في القرب والبعد، فيأتي

في المسألة لمالك على هذا التأويل ثلاثة أقوال: جواز النكاح في القرب والبعد، وفساده في القرب والبعد، والفرق بين القرب والبعد. وأما إذا أنكرت ثم أجازت فقال ها هنا وفي المدونة إن النكاح لا يجوز سواء أرادت بإنكارها رد النكاح أو الإباية من إجازته خلاف تفرقته في المدونة بين ذلك في سيد العبد إذا نكح بغير إذنه. والفرق بين المسألتين أن تزويج المرأة بغير إذنها على الرد حتى يجاز إذْ لم ينبرم بين الزوجين وبدليل أن الأمد إذا طال لم يكن لها أن تجيز، وأن تزويج العبد بغير إذن سيده على الإجازة حتى يرد إذ قد انبرم بين الزوجين، وإنما الخيار لغيرهما بدليل أن طول الأمد لا يمنعه من الإجازة، وجعل ابن وهب المرأة مثل السيد في ذلك، وهو أظهر لأن لها الإجازة ما لم تصرح بالرد في الموضع الذي تجوز لها الإجازة فيه وهو القرب، كما أن ذلك للسيد في الموضع الذي تجوز له الإجازة فيه وهو القرب والبعد، وكذلك الحكم في الرجل يزوج ابنه المالك لأمر نفسه وهو غائب أو يخطب المرأة على الرجل فيزوجها إياه وهو غائب ثم يأتيان فيقران بالإذن أو ينكرانه فيردان أو يجيزان، وستأتي هذه المسألة بعد هذا والقول فيها مبسوطاً إن شاء الله، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك في الرجل يزوج أجيراً له جارية له على إن رأى منه أمراً يكرهه فأمرها بيده لا يحل ذلك ولا أرى أن ينكح على هذا أحد، فإن فعل ووقع النكاح رأيته جائزاً، قال ابن القاسم: ولا أفسخه إذا وقع، دخل أو لم يدخل. ومثل ذلك ما تشترط المرأة على زوجها إن أضرَّ بها أو شرب خمراً أو غاب عنها فأمرها بيدها فهذا يكره أن يبتدأ به النكاح، فإذا وقع كان ثابتاً، قال سحنون: دخل أو لم يدخل، وقال عيسى إذا وقع به النكاح مضى ولزمه الشرط، قال أصبغ: إنما يكره أن يشترط إن رأت منه ما يكره أو ما لا يعجبها أو ما لا ترضى فهي طالق، قال أصبغ: فإن وقع هذا فأرى

شرطها لها إن رأت ما تكره فهي طالق، والنكاح ثابت قبل الدخول وبعده لأنها يمين قد فرطت ليس فيها طرح شيء، فإذا رأت ما تكره طلقت كما شرطت، وقال سحنون: سئل مالك عن الرجل يزوج عبده على أن الطلاق بيد السيد، قال مالك: إن دخل بها وقع ما بيد السيد من ذلك وإن لم يدخل خُيِّر السيد، فإن ترك الشرط وإلا فرق بينهما.

قال محمد بن رشد: أما الذي زوج أجيره جاريته على أنه إن رأى منه ما يكرهه فأمرها بيدها فإن أراد بذلك ما يكرهه مما يكون مكروهاً عند الناس وضرراً بها فلا اختلاف أن النكاح جائز والتمليك لازم بمنزلة ما لو اشترط عليه إن أضر بها أو شرب خمراً فأمرها بيده، وأما إن أراد بذلك ما يكرهه هو باختياره وإن لم يكن ذلك مكروهاً عند الناس ولا ضرراً بها فيتخرج ذلك على خمسة أقوال: أحدها أن ذلك يكره ابتداء فإذا وقع جاز النكاح ولزم التمليك، وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته عن مالك وقول سحنون وعيسى بن دينار، والثاني أنه لا كراهة في ذلك، وهو قول أصبغ، والثالث أن النكاح جائز والتمليك ساقط، وهو قول ابن الماجشون على أصله في أن كل نكاح ينعقد على تمليك يقع بفعل هو بيد غير الزوج إن شاء أن يفعله فعله مثل أن يزوج الرجل أمته على أنه إن باعها فأمرها بيدها أو بيده أو ما أشبه ذلك أن النكاح جائز والشرط ساقط، والرابع قول محمد بن المواز أن النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده على أصله أيضاً في النكاح الذي ينعقد على تمليك يقع بفعل هو بيد غير الزوج أنه نكاح فاسد مثل نكاح المتعة أو أشد، والخامس أنه إن دخل سقط الشرط، وإن لم يدخل بها خُيِّر مشترط الشرط فإن تركه وإلا فرق بينهما، وهذا القول يأتي على ما حكى سحنون عن مالك في الرجل يزوج عبده على أن الطلاق بيد السيد، وهو على مذهب من يرى التخيير قبل البناء في النكاح إذا وقع بصداق مجهول. ووجه القول الأول والثاني في أن النكاح جائز والشرط لازم هو أن التمليك ليس بطلاق لازم

قد يرى منه ما يكره فلا يطلق، فأشبه إذا زوجها منه على أنه إن أضرَّ بها فأمرها بيدها، ووجه قول ابن المواز أن النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده هو ما ذكره من تشبيهه بالمتعة لأنه تزوج امرأة بشرط أن طلاقها بيد غيره، وإذا فعل ذلك كان له أن يطأها ما لم يطلقها عليه، فأشبه المتعة التي يتزوج على أن يطأ ما لم يحلّ الأجل، وأما قول ابن الماجشون فلا وجه له، لأنه إما أن يشبّه بالمتعة فيكون النكاح فاسداً كما قال محمد، وإما أن لا يشبه بها لأن الأجل فيها يأتي بالطلاق على كل حال، وقد يرى منه ما يكره فلا يفرق بينهما فيكون النكاح جائزاً كما قال مالك وابن القاسم وسحنون وعيسى ابن دينار، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب، وأما الذي تزوج على أنه إن رأت منه امرأته ما تكره فهي طالق فهو أشد في الكراهة ويدخلها الاختلاف المذكور كله إلا جواز النكاح ابتداء دون كراهة، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك في رجل خطب إلى رجل ابنته على رجل فزوجه، ثم علم الأب أنه افتات على الغائب، قال ابن القاسم: يريد الذي خطب افتات على الغائب فأراد أن يرجع وقال خدعتني، لا يكون ذلك له بعد ما زوج، ولا يؤخذ بقول الخاطب، وما أشبه ذلك حتى يكون ذلك في الثبت الذي لا شك فيه، فذلك له حينئذ، وأما غير ذلك فلا حتى يعرض على الغائب فيقول أنا أمرته أو يجحد أن يكون أمره، ولو رفعه إلى الإمام لكان أحب إليَّ. قال عيسى: وقال أصبغ: لا خيار له في ذلك حتى يوقف المفتات عليه، فإن قال أنا أمرته فالنكاح جائز، وإن قال لم آمره فالنكاح يفسخ، وإن قال لم آمره ولكني أرضى به الآن ورضي به الأب فذلك غير جائز لأنهما يريدان إتمام النكاح على عقدة فاسدة.

قال محمد بن رشد رحمه الله: إذا زوج الرجل وليته البكر أو الثيب وابنته الثيب أو ابنه البكر أو الرجل الأجنبيّ في مغيبهم فلا يخلو أمره من ثلاثة أحوال: أحدها أن يزعم في حين العقد أنه أذن له فيه، والثاني أن يزعم أنه لم يؤذن له فيه، والثالث أن لا يذكر إن كان مأذوناً له في العقد أو مفتاتاً على الغائب فيه، فأما إذا زعم في حين العقد أنه أذن له فيه الغائب أو الغائبة فلا اختلاف أن النكاح لا يفسخ حتى يقدم الغائب ويعرف ما عنده، فإن صدقه فيما ادعى عليه من الإذن جاز النكاح وإن بعدَ، وإن أنكر وقال: لم آمره ولا أرضى بالنكاح حلف ولم يلزمه، وقيل لا يمين عليه، وإن قال لم آمره ولكني أرضى بالنكاح جاز النكاح في القرب دون البعد على المشهور في المذهب، وهو مراده في هذه الرواية لأن قوله فيها وإن قال لم آمره ولكني أرضى به الآن ورضي به الأب فذلك غيرجائز معناه إذا بعد الأمد، وقد مضى فوق هذا ما في ذلك من الاختلاف، وأما إن زعم حين العقد أنه لم يؤذن له فيه وأنه مفتات في عقده فالنكاح فاسد قرب أو بعد، ولا اختلاف في ذلك، وقد مضى وجه ذلك، وأما إن عقد وسكت ولم يبين شيئاً فهو محمول على أنه وكل حتى يثبت خلاف ذلك، وذلك بيّنٌ من قوله في هذه الرواية ولا يؤخذ بقول الخاطب حتى يكون في ذلك الثبت الذي لا شك فيه، ولا خلاف في هذا أحفظه نصاً، قال أصبغ في كتاب محمد: وكذلك أحسبه قال في الرجل يزوج ابنة الرجل البكر، وقال محمد ذلك في الأب في ابنته البكر والسيد في أمته أثقل فيهما من غيرهما، وفي سماع أصبغ عن أشهب أن النكاح لا يجوز على حال، وإن زعم المزوج أن الأب وكله على ذلك وإن صدقه الأب فلا يصدق، فحمله على الافتيات حتى يثبت أنه وكله على تزويجها قبل عقد النكاح، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم في المدونة لأنه قال فيها: إن زوج الأخ أخته البكر في حجر أبيها لم يجز وإن أجازه الأب إلا أن يكون كالولد القائم بأمره المدبر لشأنه، وذهب أبو إسحاق التونسي إلى أنه لا فرق في القياس بين ذلك، فإما أن يحمل الأمر على التوكيل في الجميع فيجوز، وإما أن يحمل على الافتيات في الجميع فلا يجوز، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك: ومن تزوج امرأة على أن يعتق أباها فاشتراه فأعتقه ثم طلقها قبل أن يبني بها أن عليها نصف قيمته وجاز العتق. قال ابن القاسم: لا يجوز هذا النكاح لأنه لم يصل إليها شيء من المهر، إنما هو أعتقه، وله ولاؤه، وأرى أن يفسخ، وإن دخل بها أعطيت صداق مثلها وثبت النكاح، ولا يرجع عليها بشيء. قال ابن القاسم: أخبرني بهذا من أثق به من أصحاب مالك أن عليها نصف قيمته ثم أخبرني بها بعض جلساء مالك أنه قال: لا أرى أن يرجع عليها بشيء. وقوله الأول أحب إليّ.

قال محمد ابن رشد: قوله في السؤال فاشتراه يدل على أنه لم يكن في ملكه يوم عقد النكاح، وهذا فيه نظر لأن المعروف من قول مالك رحمه الله أنه لا يجوز النكاح على عبد فلان، وقد جوزه مالك في هذه المسألة إذ لم ير النكاح فاسداً بدليل أنه أوجب للزوج الرجوع عليها في الطلاق بنصف قيمته وجوز العتق على حكم النكاح الصحيح لأن النكاح الفاسد لصداقه لا يجب فيه الصداق إلا بالدخول، فلو كان عنده فاسداً لم يوجب عليها شيئاً في الطلاق قبل الدخول لأنه هو أعتقه ولم تقبض هي شيئاً ولا وجب له عليها جميع قيمته من أجل أنه لما أعتقه بأمرها فكأنها قد قبضته وأعتقته، وقد روى أبو عبيد عن مالك أن النكاح على عبد فلان جائز، فعلى هذا يأتي في هذه الرواية، وإنما جوز مالك النكاح في هذه المسألة وإن كانت المرأة لم تملكه ولا كان لها ولاؤه لأنه مال من ماله بعد الشراء لو قال أعطيك مالاً على أن تعتقه ويكون ولاؤه لك لجاز ذلك وصح له أخذ ما سمّت له من المال، فهو لم يرض أن يخرجه عن ملكه إلا بأخذ بضعِهَا في النكاح وإن لم يملكه طرْفة عَيْن ولا وصل إليها شيء من المهر، فلا بأس به، ألا ترى أنهم جوزوا أن تقول المرأة: أتزوجك على أن تهب عبدك لفلان أو تتصدق به عليه وإن لم يملكه ولا وصل إليها شيء من المهر، فهذا وجه قول مالك في هذه المسألة، وعلل ابن القاسم فساد

النكاح عنده بأنه لم يصل إليها من المهر شيء، قال: وإنما هو أعتقه، وله ولاؤه. فعلى قوله لو تزوجها على أن يعتق عنها أباها ويكون لها ولاؤه لجاز النكاح خلاف قول ابن الماجشون في الواضحة، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن النكاح جائز على أن يعتق أباها عن نفسه أو عنها، وهو قول مالك في هذه الرواية، والثاني أن النكاح لا يجوز على أن يعتق أباها لا عن نفسه ولا عنها وهو قول ابن الماجشون، والثالث أنه إن تزوجها على أن يعتقه عن نفسه لم يجز النكاح وإن تزوجها على أن يعتقه عنها جاز النكاح، وهو مذهب ابن القاسم في هذه المسألة على أصله في المرأة تقول لسيد زوجها أعتق عبدك عني ولك ألف درهم أن النكاح ينفسخ، وما حكاه ابن القاسم من اختلاف قول مالك في وجوب الرجوع له عليها في الطلاق بنصف قيمته ليس في المسألة المتقدمة المذكورة إنما هو في مسألة المدونة في الذي تزوج المرأة على أبيها أو على أخيها أو على من يعتق عليها ثم يطلقها قبل البناء بدليل اختيار ابن القاسم لقول مالك الأول كما اختاره في المدونة فيها، لأن المسألة المتقدمة المذكورة لا يوجب ابن القاسم للزوج فيها قبل الدخول شيئاً من أجل أنه نكاح فاسد عنده، فوهِمَ العتبيّ في سياقته عليها، ولا اختلاف بينهم إذا تزوجها على أبيها أو على أخيها أو على من يعتق عليها في أن النكاح جائز ويعتق عليها علماً أو جهلاً أو علم أحدهما دون الآخر، بكراً كانت أو ثَيِّباً، قاله ابن حبيب في الواضحة. وهذا في البكر إذا لم يعلم الأب أو الوصيّ، وأما إذا علم فلا يعتق عليها، واختلف هل يعتق عليه هو أم لا على قولين، وإذا أعتق عليها ولم تعلم وقد علم الزوج رجعت عليه بقيمته لأنه غَارٌّ، وقد قيل إنه لا يعتق عليها إذا غرها به ويرد إليه ويكون عليه لها قيمته أو نصف قيمته إن طلقها قبل البناء، اختلف في ذلك قول ابن الماجشون، وقال ابن كنانة: إذا غرها يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويكون لها صداق المثل وتغرم له قيمته ويعتق عليها، وأما إن علمت ولم يعلم الزوج فلا رجوع لها عليه، وله هو إن لم يعلم علمت هي أو لم تعلم إن لم يكن لها مال أن يرد عتقه ليباع في جهازه وأن يرجع في نصفه إن طلقها قبل الدخول والحمد لله.

مسألة

قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً قال لا أحب أن ينكح الرجل الأمة نفسه التي قد أخدمها حياته وإن رضي بذلك الذي أخدمها لأنه بمنزلة الشريك ينكح حصة شريكه.

قال محمد بن رشد: إنما كره له أن يتزوجها لأنه من أجل أن لـه بوجوب خدمتها له حياته شبهة تسقط عنه الحد لو زنى بها عنده، قال ابن القاسم في سماع محمد بن خالد من كتاب الخدمة وإن تعمد ذلك بمعرفة كالأمة بين الشريكين فجرى على أصله، ومن يوجب علـيه الحد إن زنى بها ولا يعذره بالجهالة وهو مذهب أشهب وابن الماجشون ومطرف وأبي المصعب ومحمد بن سلمة يجيز له نكاحها، وهو القياس، وابن وهب يفرق في إيجاب الحد عليه إن زنى بها بين أن يعذر بالجهالة أو لا يعذر، ولو كانت الخدمة مدة من الزمان يسيرة ولم تكن حياته لحد في الزنى باتفاق، وكان له أن يتزوجها.

مسألة

قال مالك: وإن نكح بأرؤس ولم يبيِّن حمران ولا سودان فلها نصف القيمتين، قال سحنون: ينظر إلى البلد، فإن كان رقيقهم الحمـران كان عليـه الحمران، وإن كـان سودان فسـودان، قـال سحنون: ويعطي الإناث من الرقيق ولا يعطي الذكور، وقال: وإن كان رقيق البلد حمران وسودان كان عليه نصف الرقيق من الحمران والنصف من السودان.

قال محمد بن رشد: إنما يكون له نصف القيمتين إذا كان رقيق البلد الذي يتناكحون عليه حمراناً وسوداناً وكان أصدقها عبداً واحداً أو ثلاثة أعبد، فإن كانوا ثلاثة كان عليه رأس من أوسط هذا الجنس، ورأس من أوسط هذا الجنس الآخر، ثم يكون عليه في الثالث نصف قيمة هذا الجنس يوم وقع النكاح ونصف قيمة هذا الجنس الآخر، وكذلك إذا أصدقها رأساً واحداً

للضرر في الاشتراك، والقيمة في ذلك يوم وقعت العقدة بينهما أمسك أو طلق، قال ابن القاسم في رسم الجواب من سماع عيسى: والأشبه أن يأتي بعبد من هذا الجنس وبعبد من الجنس الآخر فيكون شريكاً لها فيهما على ما روى أصبغ عن ابن القاسم في كتاب الجنايات في الذي يقطع أنملة رجل أنه يأتي بالعشرة من الإبل دية للإصبع كلها على أسنانها فيكون المقطوع شريكاً له فيها بقدر دية الأنملة ثم يقتسمان بعد أو يبيعان، وإيجاب القيمة في ذلك يأتي على قولهم في الخلطاء يجب عليهم سن واحدة في الزكاة، فقف على ذلك، ولو سموا في ذلك ثمناً لحكم به ولم يرجع في ذلك إلى القيمة على ما سيأتي القول عليه في رسم الجواب من سماع عيسى إن شاء الله، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك في رجل كانت له على رجل خمسون ديناراً فخطب إليه ابنته أو أخته على أن يضع عنه الخمسين. فكره مالك ذلك وأن يؤخر إلى أجل أبعد من الأجل الذي يحل فيه ذلك أيضاً، قال ابن القاسم: أما إذا وقع النكاح على أن يضع فهو بمنزلة الحباء الذي يشترط المنكح، فأراه للمرأة ويثبت النكاح، وأما تأخير الأجل فإنه حرام، وأرى أن يفسخ ذلك قبل الدخول وإن دخل بها رأيت أن تعطى صداق مثلها ويرد المال إلى أجله.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة عندي أن مالكاً رحمه الله تكلم على أن الولي اشترط ذلك على الزوج في العقد دون تسمية الصداق فكره ذلك إذ لا تأثير له في فساد العقد إذ لم يقع عليه الصداق وهو في التأخير أشد، فيمضي النكاح وتسقط الوضيعة والتأخير، وتكلم ابن القاسم على أنه زوجه بصداق مسمى على ذلك، فوجب أن تكون الوضيعة كالحباء يشترطه الولي يجب للمرأة على وليها إن أحبت اتباعه به ويثبت النكاح وأن يكون التأخير فساداً في الصداق لأنه حط منه بسببه، فوجب أن يفسخ النكاح قبل

الدخول، وأن يكون فيها صداق المثل بعد الدخول، ظاهر قوله بالغاً ما بلغ كان أقل من المسمى أو أكثر منه، ويأتي على قياس المشهور من قوله في البيع والسلف أن يكون لها بعد الدخول الأكثر من صداق مثلها أو المسمى ويفسخ قبل الدخول على كل حال وفي كلّ قول، بخلاف البيع والسلف الذي يثبت إذا رضي مشترط السلف بتركه من أجل أنه بين المتبايعين وليس هو هاهنا بين الزوجين، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك في جارية بكر حلفت على رجل أن عليها بدنة وكل ما تملك صدقة إن نكحته فزوجها إياه أبوها ولم يؤامرها فإن النكاح جائز ولا عتق عليها وهي مولى عليها في حجر أبيها.

قال محمد بن رشد: قوله إنه لا عتق عليها خلاف ما في آخر سماع ابن القاسم من كتاب النذور مثل قول سحنون فيه، لأن ذلك إنما سقط عنها من أجل التحجير اللازم لها في مالها لا من أجل أن الأب أكرهها على النكاح بما له من الحق في ذلك، إذ ليس ذلك مما يسقط عنها الحنث عنده على مذهبه في الحالف على أن لا يفعل فعلاً فقضى به عليه السلطان في المدونة وغيرها خلافاً لابن الماجشون.

ومن كتاب أوله حلف أن لا يبيع رجلاً سلعة سماها

قال: وسئل مالك عن الرجل يزوج ابنه صغيراً ويشترط على الأب نفقة امرأته، قال: لا خير في هذا، قال عيسى: سألت ابن القاسم عن هذا إذا وقع فقال: إن كان ذلك قبل أن يدخل فسخ، وإن دخل بها جاز وكانت النفقة على الزوج، وقد قال مالك: رأيت لو مات الأب كان يوقف لها ماله ولو كان عليه دين لكانت تحاص به الغرماء استنكاراً لذلك، قلت له: فعبده؟ قال: لا خير في هذا، ولو

كان هذا لجاز في الحميل أن يتحمل بالنفقة، وقال ابن القاسم: قال لي هذا وما أشبهه إلا أنه أكثر الكلام فيه على وجه الكراهية.

قال محمد بن رشد: حكى ابن المواز قول مالك اختلف في اشتراط النفقة في النكاح على أب الصغير حتى يكبر أو على ولي المولى عليه حتى يرشد، فمرة أجازه، ومرة كرهه، وقال بكل قول كثير أيضاً من أصحاب مالك، وحكى ابن حبيب إجازة ذلك أيضاً عن مالك من رواية ابن الماجشون وابن وهب عنه وزاد أن ذلك لازم ما عاش الأب وكان الزوج مولى عليه، وإنما وقع الاختلاف في المسألتين من أجل أنه لم يقع في الشرط بيان إن مات الأب قبل بلوغ الصغير أو الولي قبل رشد اليتيم فسقطت النفقة بموتهما هل تعود في مال الصغير ومال اليتيم أو لا تعود في مالهما إلى بلوغ الصغير منهما ورشد اليتيم، ولو وقع الشرط بإفصاح وبيان أنه لا نفقة على الصغير حتى يبلغ عاش الأب أو مات قبل ذلك ولا على اليتيم حتى يرشد عاش الولي أو مات قبل ذلك لكان النكاح فاسداً باتفاق لانعقاده على غرر، إذ قد يموت الأب قبل بلوغ الصبي أو الولي قبل رشد اليتيم فلا يكون للزوجة نفقة، ولو وقع أيضاً بإفصاح وبيان أن النفقة تعود في مال الصغير إن مات الأب قبل بلوغه وفي مال اليتيم إن مات وليه قبل رشده لكان النكاح جائزاً باتفاق، إذْ لا ضرر على الزوجة في الشرط على هذا الوجه ولا منفعة لها فيه، وإنما منفعته للصغير واليتيم بما التزم لهما من الانفاق على زواجهما وتدبير أموالهما، فلما وقع الشرط مبهماً محتملاً للصحة والفساد حمله في أحد القولين على الصحة حتى يعلم فساده، ووجه ذلك أن النكاح قد انعقد فوجب ألا يفسخ إلا بيقين؛ وفي القول الثاني على الفساد حتى تعلم صحته، ووجه ذلك أن النكاح لما انعقد بين المتناكحين على الشرط دل على أن للزوجة في ذلك مدخلاً فوجب فساده، وقال ابن القاسم على القول بفساد النكاح إنه إن دخل بها جاز النكاح وكانت النفقة على الزوج، ولم يبين إن كانت ترد إلى صداق مثلها أو يكون لها الصداق المسمى، وإرادته أن يكون لها صداق مثلها لأن الشرط له تأثير في الصداق إذا وقعت التسمية عليه، وهو الذي في **الواضحة**. ولو آشترطت النفقة

في أصل العقد على غير الزوج، والزوج كبير مالك لأمر نفسه، لكان النكاح فاسداً يفسخ قبل الدخول، قال ابن حبيب عن مالك إلا أن ترضى المرأة أن تكون نفقتها على الزوج، وذلك على القول في وجوب التخيير قبل البناء في النكاح الذي يقع بصداق بعضه مؤخـر إلى أجل مجهول، ويثبت بعد البناء وتكون النفقة على الزوج، ولا يدخل الاختـلاف الذي دخـل في المسألـة الأولى في هذه المسألة لظهور الغرر والفساد فيها بخـلاف المسألـة الأولى، وكذلك لا يجوز النكاح بشرط على أن يعطي الزوج بالنفقة حميلاً، وإنما لم يجز ذلك لأن النفقة ليست بدين ثابت في ذمة الزوج كالصداق في النكاح والثمن في البيع، فيجوز اشتراط الحميل فيه، وإنما هو حق أوجبه الله للزوجات على أزواجهن، قيل بحق العصمة، وقيل بحقّ الاستمتاع بالزوجة، فإن عجز عنه لم يتبع به ذمته وكانت الزوجة بالخيار بين أن ترضى بالمقام معه على غير نفقة أو يفارقها، فإن اشترط الحميل بذلك كان النكاح فاسداً يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده وتسقط الحمالة ويكون للمرأة صداق مثلها لأن للشرط فيه تأثيراً إذ لم ترض بالتسمية إلا من أجل ما اشترطته من الحمالة، ولو وقع الشرط في مسألة اشتراط النفقة على غير الزوج ببيان أن الذي اشترط عليه الانفاق وإن مات أو طرأ عليه دين أو ما يبطل النفقة عندما رجعت على الزوج لكان النكاح جائزاً على قياس ما ذكرناه، وقد قيل إنه نكاح يفسخ على كل حال لأن شرط النفقة على غير الزوج خلاف لسنة المسلمين في النكاح، فهو نكاح فاسد يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويسقط الشرط ويكون للمرأة صداق مثلها إن كانت التسمية على الشرط، وإلى هذا نحا أبو بكر الأبهري في كتابه، والذي قلناه أبين وأظهر في المعنى، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل تكون عنده المرأة لا يعرفها أحد غيره مثل بنت الأخ وما أشبه ذلك، وهو يريد أن يزوجها ولا يعرفها أحد من الناس كيف يشهد عليها؟ قال: يدخل عليها من لا يحتشم منه، ثم

يشهد على رؤيتها ثم يزوجها، ولقد استشارني الحسن بن يزيد في جارية كان يليها من آل أبي طالب فأشرت عليه أن يرسل إليها من يرضى فيشهد عليها، فأرسل إليها رجلين فشهدا عليها ثم زوجها، قال عيسى: قال لي ابن القاسم: قال مالك: ولم يعرفها الشهيدان.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه إذا لم يوجد من يعرفها فلا بد أن يشهد على رؤيتها من لا يحتشم منه فتسفر لهم عن وجهها ليثبتوا عينها كيما إن أنكرت بعد أن شهدوا عليها أنها هي التي أشهدتهم فيلزمها النكاح، وأما إن وجد من العدول من يعرفها فلا ينبغي لمن لا يعرفها أن يشهد عليها، فإن شهد عليها من لا يعرفها وجد من يعرفها أو لم يوجد فلا يصحّ لهم أن يشهدوا على شهادتهم أن فلانة بنت فلان أشهدتهم على الرضى بالنكاح لاحتمال أن لم تكن هي التي أشهدتهم فيموتوا ويشهد على شهادتهم فيلزم نكاحاً لم ترض به ولا أشهدت به على نفسها لأن إشهادهم على شهادتهم بذلك كشهادتهم به عليها عند حاكم، والحقوق بخلاف ذلك، قال مالك: لا أرى أن يشهد الرجل على من لا يعرف، ومثله لأصبغ في الخمسة، قال: وأما الحقوق من البيوع والوكالات والهبات ونحو ذلك فلا يشهد عليها في شيء من ذلك إلا من يعرفها بعينها واسمها ونسبها، والفرق بين النكاح وما سوى ذلك من الحقوق أنه يخشى وإن لم يشهدوا على شهادتهم في الحقوق أن يموتوا فيشهد على خطوطهم فتلزم باطلاً لم تشهد به على نفسها. وعلى ما جرى العمل به عندنا من أنه لا يقضى بالشهادة على خط الشاهد إلا في الأحباس وما جرى مجراها يستوي النكاح في ذلك وما سواه من الحقوق، ولا يكون على الرجل حرج في أن يضع شهادته على من لا يعرف في الحقوق كما يضعها عليه في النكاح إذا لم يشهد على شهادته بذلك، وقد استجاز ذلك العلماء قديماً وأن يقيدا في عقد اشهاد الوثيقة معرفة العين والاسم لما في ذلك من تحصين الحقوق، وأما عند أداء الشهادة فلا يحل للشاهد أن يشهد بإجماع إلا على من يثبت عينه ويعرف أنه هو الذي أشهد دون شك في ذلك ولا ارتياب.

من كتاب أوله شك في طوافه

قال: وسئل مالك عن المرأة من الأعراب زوجت ابنة لها وهي صغيرة محتاجة في بعض المياه فكتب إليه صاحب ذلك الماء يسأله عن ذلك وقال إن أمها تقول إنما زوجتها إنها كانت محتاجة تسأل النساء(١٦) وتطوف عليهم فزوجتها نظراً لها وقد عرف الناس ذلك من شأنها أنها كانت ساعية(١٧) محتاجة تطوف.

قال مالك: ابنة كم هي؟ قال ابنة عشر سنين، قال والجارية راضية؟ قال نعم راضية بذلك، قال أراه نكاحاً جائزاً.

وقد بنى رسول الله ﷺ بعائشة وهي ابنة تسع سنين أو عشر سنين، قال: ولو كانت صغيرة لم أر ذلك نكاحاً، قال سحنون: محمل هذه المسألة على أن الأم وكلت من زوجها من الرجل، وهي مسألة ضعيفة.

قال محمد بن رشد: إنما قال سحنون في هذه المسألة إنها مسألة ضعيفة وإن تأول فيها أن الأم وكلت من زوجها إذ لا يجوز للأم أن توكل من يزوج ابنتها إلا إذا كانت وصية، ولم يراع ذلك مالك على أصله في رواية ابن القاسم عنه أن المرأة الدنية يجوز أن يزوجها الرجل الأجنبي، ولا أدنى في المرتبة من امرأة ساعية تطوف بالأبواب، فإذا زوجها الأجنبي جاز ولم يكن لتقديم الأم في ذلك تأثير، وأجاز النكاح وإن كان مذهبه أن اليتيمة لا يجوز تزويجها قبل البلوغ لما أخبرته أنها خشيت عليها الضيعة فرأى ذلك كما قالت إذ كانت في سن من يوطأ مثلها، ورأيت العشر سنين ونحوها ممن يوطأ مثلها بدليل بناء رسول الله ﷺ بعائشة رضي الله عنها وهي في هذا السن، قال ولو كانت صغيرة يريد في سن لا يوطأ مثلها ولا يشتهى لم أر ذلك نكاحاً، إذْ لا يخشى

(١٦) في ق ١: (الناس) بدل (النساء).
(١٧) في ق ١: (ساعتئذ) بدل (ساعية).

عليها الضيعة في هذا السن ولا تدعو الضرورة إلى تزويجها فيه، فهذا وجه تفرقة مالك بين الصغيرة التي لا يوطأ مثلها والبالغة التي يوطأ مثلها، وسأل هل كانت راضية إذ لا يُجَوِّزُ أحد من أهل العلم للولي أن يزوج يتيمة قبل البلوغ وهي كارهة إذا كانت قد بلغت من السن ما يعرف به ما يميل به نفسها إليه مما فيه صلاحها وما تنفر عنه مما فيه ضرر عليها، ولو كانت كارهة لما جاز النكاح عليها بحال، وقد اختلف إذا زوجت اليتيمة قبل البلوغ من غير حاجة تدعو إلى ذلك في المذهب اختلافاً كثيراً، فقيل إن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت الأولاد، ورضيت بزوجها، وإلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة وعزاه إلى مالك وأصحابه، وقيل يفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ، وهو قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى وفي سماع زونان وفي كتاب ابن المواز، وقيل إنه يفسخ بعد الدخول إلا أن يطول وتلد مع ذلك الأولاد، وهو قول أصبغ، ولم يـر الولد الواحد والسنتين في ذلك طولاً، وقيل إن الخيار لها إذا بلغت فلا يفسخ إذا لم يعثر عليه حتى بلغت فرضيت أو دخل بها بعد البلوغ وهي عالمة أن لها الخيار، ويفسخ إذا عثر عليه قبل البلوغ، وكذلك إذا بلغت فأنكرت وإن كان ذلك بعد الدخول ما لم يطل الأمر بعده، وهو الذي يأتي على ما في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب، وقيل إنه يكره النكاح، فإذا وقع لم يفسخ، وهو نص قول مالك في رسم البز بعد هذا، وظاهره في سماع أشهب أيضاً، لأنه وقف في التفرقة بينهما ولم يفرق بين قبل الدخول وبعده، وقيل إنه إن زوجت وقد شارفت الحيض وأنفست[١٨] فلا يفسخ النكاح وهو قول أصبغ في سماعه خلاف ما له في الواضحة والموازية. فمن قال إنه يفسخ أبداً رآه عقداً وقع في غير موضعه ففسد لعقده، ومن قال إن الخيار لها إذا بلغت رأى الحق لها في ذلك إذ عقد عليها في حال لا يعرف فيه رشدها، فجعل العقد موقوفاً على خيارها إذ لم ينعقد النكاح على خيار، وإنما كان الخيار أمراً أوجبه الحكم

(١٨) كذا بالأصل ومثله في ق ١ والمعروف فيه نفس بوزن تعب ونقل عن الأصمعي فيه نفست مبنياً للمجهول.

كالعبد يتزوج بغير إذن سيده والسفيه بغير أمر وليه. وما سوى هذين القولين فلا وجه له إلا الاستحسان مراعاة لقول من يرى للولي إنكاح وليته اليتيمة قبل بلوغها بظاهر قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى﴾(١٩) وقوله: ﴿وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾(٢٠) وقد قال ابن القاسم في رسم لم يدرك من سماع عيسى إنه أمر جل الناس قد أجازوه، وقد زوج عروة بن الزبير بنت أخيه وهي صبية ابنه، والناس يومئذ متوافرون، وعروة من هو، وإذا فسخ النكاح على مذهب من يرى فسخه فالفسخ فيه طلاق، وما طلق فيه الزوج قبل الفسخ لزمه، ويكون فيه الميراث بينهما إن مات أحدهما قبل الفسخ، وجميع الصداق المسمى في الموت قبل الدخول وبعده، ونصفه إن طلق قبل الدخول وقبل الفسخ.

مسألة

وسئل مالك عن رجل أوصى عند موته بميراث ابنة له صغيرة أن يدفع إلى رجل [أترى أن يلي بضعها في إنكاحها؟ قال: لا أرى ذلك حسناً، ولو رفع ذلك إلى السلطان ينظر فيه، قلت: فإن أباها قد أوصى بتزويجها وتعجيل ذلك، وهي ابنة ثماني سنين، فقال: أرى أن يعجل ذلك، فقيل له: إنها ابنة ثماني سنين، فقال: أليس قد أوصى أبوها بذلك؟ قال: نعم، فأرى أن يفعل ذلك، فقيل له: فإن معها حاضنة لها تقوم عليها، أفترى أن ينفق عليها من مالها؟ قال: نعم، أليس لها ما يحملها؟ قالوا: لها غلة وهي قليلة، قال: أرى أن ينفق عليها وهي (...(٢١)) وتكفلها وتكفل مؤونتها.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي أوصى بميراث ابنة له صغيرة أن

---

(١٩) الآية ٣ من النساء.

(٢٠) الآية ١٢٧ من النساء.

(٢١) موضع النقط به كلمة تعذرت قراءتها.

بدفع إلى رجل](٢٢) إني لا أرى ذلك حسناً فيما سئل عنه من ولاية بُضْعها في النكاح ليس معناه أنه استحسن أن يلي العقد عليها ولا يرفع ذلك إلى السلطان، وإنما معناه إني لا أرى إمضاء ذلك حسناً إن فعل، بدليل قوله: لو رجع ذلك إلى الإمام ينظر فيه، لأن معناه: ولو رفع ذلك إلى الإمام ينظر فيه لكان أحسن، ويؤيد هذا قوله في المدونة فيمن أوصى إلى رجل أن يتقاضى دينه ويبيع تركته لو زوج بناته لرجوت أن يكون واسعاً، ولكن أحبّ إلي أن يرفع ذلك إلى السلطان حتى ينظر فيه، والقياس ما قاله ابن حبيب انه إذا قال: فلان وصي على مالي فليس بوصي على الولد في تزويجهم؛ وإنما يكون وصيّاً في تزويجهم إذا قال: فلان وصيّي ولم يزد، أو قال: فلان وصيّي على بضع بناتي، وقوله: إذا أوصى بتزويج ابنته وتعجيل ذلك وهي بنت ثماني سنين إن وصيته جائزة، يريد سمى له الزوج أو فوض إليه الرضا لأن ابن حبيب حكى عن مالك وأصحابه أنه قال: إذا قال له: زوج ابنتي من فلان أو ممن ترضى نزل في ذلك بمنزلته وكان له أن يزوجها قبل بلوغها وبعد بلوغها بغير مؤامرتها، وإنما الذي لا ينزل في ذلك بمنزلته ويكون أحق بتزويجها من الأولياء بعد بلوغها ومؤامرتها إذا قال: فلان وصيّي فقط، أو قال: فلان وصيّي على بضع بناتي، قال: وسواء كانت بناته أبكاراً أو ثيّبات قال: وكذلك كل من كانت ولاية تزويجها إلى الموصى فالوصي أحق بتزويجهم من الأولياء إذا قال فلان وصيّي ولم يزد على ذلك، وقال سحنون: ليس بولي في الثيب التي لا ولايــة له عليها، وقال أصبغ: الولي أولى منه، وروى علي بن زياد عن مالك في رجل أوصى بابنته إلى رجل وأمره أن يزوجها إذا بلغت رجلاً سماه أن ذلك ليس بجائز عليها إذا بلغت فكرهت ذلك، وليس بمنزلة إنكاح الأب إياها إذا بلغت وهي كارهة، لأن الرجل قد يكون مرضياً مرغوباً فيه ثم يتحول حاله عن ذلك بعد، ولعل الأب لو عاش حتى تبلغ ابنته لم ينكحها حينئذ، وقد كان قبل ذلك راضياً مغتبطاً ولعله لو عاش لم يكره ابنته على

(٢٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل فأضفناه نقلاً عن ق ١.

النكاح وإن كان به راضياً، ولأصبغ ها هنا في بعض الروايات أن وصية الأب جائزة عليها إلا أن يكون الذي أمر بتزويجها منه فاسداً فاسقاً شريباً سكيراً فلا تزوج منه إذا كرهته أو يكون يوم أمر الأب بتزويجه حسن الحال ثم يخرج إلى الفسق وشرب الخمر والدعارة، فإذا كان هذا وكرهته أبطل الحكم عنها وصية الأب قال: وعلى الوصي بما يلزمه من النظر لمن يلي أن لا يزوجه وأن يمنعه ويرفعه إلي من يسقط ذلك عنه من الحكام وإن رضيت به، هذا قوله مختصراً وفيه اضطراب فتدبَّره، وإيجابه للحاضنة النفقة في مال المحضونة خلاف ما في طلاق السنة في رسم شك من سماع ابن القاسم وفي أول رسم من سماع أشهب، والاختلاف في هذا جارٍ على اختلافهم في الحضانة هل هي من حق الحاضن أو من حق المحضون، فمن رآها من حق المحضون أوجب للحاضن أجره في حضانته وكذا في سكناه معه، ومن رآها من حق الحاضن، لم يوجب له ذلك لأنه لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكفله ويؤويه إلى نفسه ويجب له بذلك عليه حق وفي سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا تفرقة لا تخرج عن القولين، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن رجل تزوج امرأة وشرط لها إن تزوج عليها أو تسرر فأمرها بيدها، فأقامت معه نحواً من سنة يطؤها في ذلك ثم قالت له ألم تكن جعلت لي إن تزوجت علي أو تسررت فأمري بيدي؟ فقال: بلى، فقالت: إن فعلت فقد اخترت نفسي ثلاثاً، ثم بدا لها بعد ذلك أن تأذن له وحرم ولدها فأحبت أن توسع عليه فأذنت له، قال مالك ما أرى أن تفعل ذلك، فقيل له إنه قد تسرر عليها حين أذنت له، قال: فأرى أن يعتزل امرأته، قيل له: أيُخلِّي سبيلها؟ قال: نعم، قال ابن القاسم: ويفارقها ثلاثاً ولا تحل له، قال ابن القاسم وقال لي الليث بن سعد مثله.

قال محمد بن رشد: في سماع أصبغ عن أشهب خلاف هذا أن الطلاق باطل لا يلزم، لأنها قضت قبل أن يجب لها القضاء، فلم يكن ذلك لها، كما قال إنها إذا أذنت له فتزوج أو تسرى كان لها أن تقضي إن تزوج أو تسرى لأنها أسقطت حقها قبل أن يجب لها، وقد مضى القول على هذا في أول رسم من السماع.

مسألة

وسئل مالك عن ابنتي عم أيجمعان؟ فقال ما أعلم حراماً. قيل له: أفتكرهه؟ فقال: إن ناساً ليقولونه، وقال لنا قبل ذلك: وغيره أحسن منه، قال ابن القاسم: وهو حلال لا بأس به.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن النهي إنما ورد عن النبي عليه السلام في الجمع بين ذوات المحارم بياناً لما في كتاب الله عز وجل من النهي عن الجمع بين الأختين إذْ هما ذوات محارم، وابنتا العم إذا لم يكونا أختين لا حرمة بينهما لو كان أحدهما رجلاً جاز له أن يتزوج الأخرى، فمن كره الجمع بينهما إنما اتقى ذلك من ناحية العداوة التي تتقى أن تقع بينهما بذلك، ولا ينبغي أن يكون التقاطع بين ذوي الأرحام، والله الموفق.

مسألة

وسئل مالك عن الخصيان أيدخلون على النساء ويرون شعورهن؟ فقال: أما الأحرار فلا وأما العبيد فلا أرى به بأساً كان لها أو لزوجها أو لغيره إذا كان وغداً، وكرهه إذا كان له منظر، وسئل عن الخصيّ إذا كان خادم الرجل في منزله أيرى فخذه مكشوفاً عنها؟ فقال: ذلك خفيف. قال: وسئل عن خادم المرأة ترى فخذ الرجل منكشفاً قال: لا ليست له، قال الله تبارك وتعالى: ﴿أَوْ مَا

مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾[٢٣] فخادم امرأته كغيرها في هذا.

قال محمد بن رشد: لم ير مالك الخصيان من غير أولي الإربة من الرجال الذين أباح الله للنساء أن يبدين لهم زينتهن، إذ قد يحتاج الخصي إلى أشياء من أمور النساء ويتزوج، ولعله إنما خصي بعد أن اطلع على عورات النساء وعرف محاسنهن، وإذا كان النبي عليه السلام قد نهى أزواجه من أن يدخلن الْمُخَنَّثِينَ عليهن لما سمعه من فطنتهم لمحاسن النساء فالخصيان بالمنع من الدخول على النساء أولى وهم بذلك أحرى، واستخف أمر العبيد منهم إذا كانوا أوغاداً ولم تكن لهم مناظر، كانوا للمرأة أو لزوجها أو لغيرهما استحساناً والقياس ما في رسم طلق بعد هذا من التفرقة بين أن يكون الخصيّ لها أو لزوجها أو لغيرهما إذ لم يجعله من أولي الإربة وقد اختلف في غير أولي الإربة الذين عناهم الله بقوله: ﴿أو التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولي الإربة ﴾[٢٤] فقيل: هو الأحمق والمعتوه الذي لا يهتدي لشيء من أمور النساء، وقيل: هو الحَصُور والْعِنِّينُ الذي لا ينتشر ولا حاجة له في النساء، ولما كان الخصي مثله في المعنى استخف مالك في هذه الرواية أن يدخل على المرأة إذا كان عبداً وغداً وإن لم يكن لها ولا لزوجها على أصله في مراعاة الخلاف واستخف أن يرى فخذ الرجل مكشوفاً عنها لما جاء من أن الفخذ ليس بعورة، وأما رؤية خادم المرأة فخذ الرجل منكشفاً عنها فالمنع في ذلك بيِّن لأن حكم المرأة في النظر إلى الرجل الأجنبي كحكم الرجل في النظر إلى ذوات محارمه بدليل إباحة النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس أن تعتد عند ابن أم مكتوم الأعمى، ولا يجوز للرجل أن ينظر إلى فخذ أمه، وقد قيل: إنه لا يجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلا إلى ما يجوز للرجل أن ينظر من المرأة، ومن حجة هذا القائل أن الله تعالى قال: ﴿وقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِن أَبْصَارِهِنَّ ﴾[٢٥] كما قال: ﴿قُلْ

(٢٣) العبارة بعض من الآية ٣ من سورة النساء...

(٢٤) الآية ٣١ من النور.

(٢٥) الآية ٣١ من النور.

لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ ﴾(٢٦) فوجب أن يتساووا فيما يجب عليهم من غض أبصارهم، ولا يلزمه ذلك لأن كل واحد منهم أمر أن يغض بصره عما لا يحل له النظر إليه على ما بينته السنة وما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِمَيْمُونَةَ وَأُمِّ سَلَمَةَ إِذْ قَالَتَا لَهُ وقَدْ أَمَرَهُمَا أَنْ يَحْتَجِبَا مِنْ ٱبْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ: أَلَيْس هُوَ أَعمَى لَا يُبْصِرُنَا؟ أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُما؟ أَلَسْتُما تُبْصِرَانِهِ(٢٧) هو خاص في أزواج النبيِّ ﷺ بدليل حديث فاطمة، والله أعلم وبه التوفيق.

مسألة

وسئل عن النساء يطرفن أصابعهنّ بالحناء، قال: لا بأس بذلك

قال محمد بن رشد: وجه السؤال عن هذا أن السائل خشي أن يكون ذلك من ناحية الوشم والتغيير لخلق الله الذي جاء فيه ما جاء، روي أن عبدالله بن مسعود قال: لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله، ما لي لا ألعن من لعن النبيُّ ﷺ وهو في كتاب الله: ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ ﴾(٢٨) فلم يره من ذلك، لأنه إذا جاز للمرأة أن تخضب جميع يديها بالحناء جاز لها أن تخضب منها ما شاءت أطراف أصابعها أو غير ذلك إرادة التزين لزوجها، هذا الذي ذهب إليه مالك رحمه الله، وقد جاء فيه النهي عن عمر بن الخطاب، روي عنه أنه خطب فقال: يا معشر النساء، إذا اختضبتنّ فإيّاكُنَّ والنقش والتطريف ولتختضب إحداكُنَّ يديها إلى هذا، وأشار إلى موضع السوار، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يتزوج المرأة بدروع وقراقل وثياب

(٢٦) الآية ٣٠ من النور.

(٢٧) هو في سنن أبي داوود وسنن الترمذي وفي مسند أحمد بن حنبل.

(٢٨) الآية ٧ من الحشر.

يدفعها إليها أتلبسها؟ قال نعم إن بنى بها، قال نعم هي مثل الدراهم، قال ابن القاسم يريد أن ينتفع بالشيء الخفيف منها مخافة أن يطلقها.

قال محمد بن رشد: فلو لبستها حتى أبلتها ثم طلقها لوجب عليها نصف قيمتها على هذه الرواية، خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مالك وغيره، وخلاف ما في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب من كتاب طلاق السنة، وخلاف ظاهر ما في المدونة لابن وهب. وهذا الاختلاف عندي جارٍ على اختلافهم في وجوب النفقة على الزوج بالعقد وإن لم يدع إلى الدخول، فمن أوجب عليه النفقة والكسوة لم يلزمها فيما أبلت من الكسوة باللباس شيئاً لأن ذلك كان واجباً لها عليه عنده، وكذلك ما أكلت من الصداق قبل الدخول يجري على هذا الاختلاف بخلاف ما أدت منه في دين عليها، وسيأتي القول عليها في رسم نذر سنة.

مسألة

وسئل مالك عن رجل تزوج امرأة وشرط لها وكتب عليه كتاباً إن هو تسرّر أو تزوج ما عاشت فكل امرأة يتزوجها طالق البتة، وكل جارية يتسررها حرة لوجه الله العظيم، فطلقها البتة، ثم إنها تزوجت رجلاً، ثم طلقها، ثم تزوجها بعدما طلقها، ثم أراد أن يتزوج أو يتسرر فقامت عليه بكتابها وقالت قد قلت ما عاشت فليس لك أن تتزوج ما عشت ولا تتسرر، وقال الرجل ليس هذا الذي أردت، إنما أردت ما كانت تحتي، ولم أرد أن أطلقك وأقيم لا أتزوج ولا أتسرى، قال مالك أرى أن ينوى ويكون ذلك له، قال ابن القاسم وقد قال هذا القول قبل ذلك بسنين سواء.

قال محمد بن رشد: جوابه في هذه المسألة على القول بأن اليمين على نية الحالف لا على نية المحلوف له، وتنويته إياه مع أن ذلك شرط عليه في أصل

النكاح خلاف أصله في المدونة، فمن شرط لامرأته أن أمرها بيدها إن تزوج عليها أنه ليس له أن يناكرها، وقوله إنه ينوى ويكون ذلك له يريد مع يمينه كذلك في سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق في هذه المسألة إذا تطوع بذلك لامرأته من غير شرط فهذا أحرى في وجوب اليمين وتنويته إياه مع أنه إنما تزوج عليها وهي في عصمته بعد أن طلقها ثلاثاً وبعد أن تزوجت غيره على أصله في المدونة في أن من شرط لامرأته طلاق الداخلة عليها تَنْحَلُّ عنه اليمين لخروج زوجته عن عصمته بالثلاث، خلاف ما حكى ابن حبيب عن مالك من رواية مطرف عنه وعن ابن الماجشون وابن أبي حازم وغيره من كبار أصحاب مالك من أن اليمين لا تنحلُّ عنه لأن الشرط في اليمين في الدخلة وليس فيها. ولو حلف بهذه اليمين متطوعاً دون استحلاف ولا شرط لكانت له نيته على ما وقع في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة ولا يكون له على القول بأن اليمين على نية المحلوف له وإن لم يكن مستحلفاً، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: ينوى، ولا ينوى، والفرق بين الطواعية والشرط، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله الشجرة تطعم بطنين في السنة

قال: وسئل عن رجل تزوج امرأة وشرط لها ألا يخرج بها من المدينة إلا برضاها فإن خرج بها بغير رضاها فأمرها بيدها، فخرج من المدينة على ليلة وأذنت له، ثم قالت له بعد أن خرجت معه وأقام بها في ذلك الموضع ردني إلى المدينة، أترى لها ذلك؟ قال نعم أرى لها ذلك.

قال محمد بن رشد: يحتمل أن يكون إنما وجب عليه أن يردها لأن المرأة تقول إنما أردت بما اشترطت عليك أن لا تخرجني من المدينة إلا برضاي ألا تسكن في سواها إلا برضاي، فإن كنت قد أذنت لك في أن تخرجني، فلا أرضى أن تسكن بي إلا في المدينة، فإما رددتني إليها وإما كان أمري بيدي،

فرأى ذلك مالك لها، وجعل التمليك على نيتها في ذلك، ويحتمل أن يكون رأى ذلك هو المعنى المقصود إليه بالإخراج لا نفس الإخـراج ، فحمل اليمين على ذلك ولم يلتفت إلى اللفظ، وكذلك قال في رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق، وإن كان تطوع لها باليمين من غير شرط فيحتمل أيضاً أن يكون جعل اليمين على نيتها لأنها هي المحلوف لها، ويحتمل أن يكون راعى المعنى عنده ولم يلتفت إلى اللفظ؛ وفرق في رسم سلف من سماع عيسى بين أن يتطوع لها في اليمين أو يكون شرطاً عليه في أصل عقد النكاح، فقال إنه إن كان تطوع لها باليمين لم يكن عليه أن يردها بخلاف إذا شرط ذلك لها فجعل اليمين في الشرط على نيتها وفي التطوع على نيته، وروى سحنون عن ابن القاسم في رسم سلف المذكور أنه ليس عليه أن يردها وإن كان ذلك بشرط على ظاهر اللفظ، ووجه ذلك أنه حمل الشرط على ألا يسكن بها في غير المدينة إلا بعد أن ترضى بذلك فرأى أنه إذا أذنت له أن يخرجها فقد رضيت أن يسكن بها في غيرها ولم يلتفت إلى تماديها على الرضى بذلك، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحـدها أنه يلزمه أن يردها في الـوجهين جميعاً، والثاني أنه لا يلزمه أن يردها في الوجهين جميعاً، والثالث الفرق بين الشرط والطواعية.

مسألة

وسئل مالك عن رجل تزوج امرأة وشرط لها إن تسرر عليها فامرأته طالق البتة فلما حضرته الوفاة قال لابن جارية له هو ابني، قال مالك أرى أن يلحق به الولد ويكون للمرأة ميراثها.

قال محمد بن رشد: وهذا بيّنٌ على ما قال لأن الرجل إذا استلحق ابناً في مرضه لحق به، فيلحق به الولد وتكون أمه أم ولد حرة من رَأْسِ المال، ويكون للمرأة ميراثها، لأنه كالمطلق في المرض إذْ لم يعلم ما قال إلا بقوله في مرضه الذي مات منه، ولو صح من مرضه لبانت منه بإقراره ولم تحل له إلا بعد زوج، وبالله التوفيق.

مَسْـــألة

وسئل عن النصراني يسلم وله أخت نصرانية فتريد التزويج أيزوجها أخوها هذا المسلم؟ قال: أمن نساء أهل الجزية هي ؟ قالوا نعم، قال: لا يزوجها، قال الله تعالى: ﴿ مَا لَكُم مِنْ وَلَايَتِهِمْ من شَيْءٍ ﴾(٢٩) قال ابن القاسم: إذا كان الأخ والأخت معتقين فأسلم الأخ والأخت نصرانية فهو يزوجها، وإنما التي لا يزوج إذا كانت من أهل الصلح.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة يتحصل فيها عندي ثلاثة أقوال: أحدها أنها إذا كانت من أهل الصلح لم يجز لوليها المسلم أن يزوجها لأن أهْلَ الصلح وُلَاتُها دُونَهُ، وإن لم تكن من أهل الصلح كان له أن يزوجها كان عليها جزية أو لم تكن إذا لم تكن من أهل الصلح ولا داخلة معهم في جزيتهم، وهو قول مالك ها هنا على ما فسره ابن القاسم فسواء على ظاهر قوله كان الأخ والأخت معتقين لمسلم فلم يكن عليهما جزية أو لنصراني فكانت عليهما الجزية إذا كان النصراني الذي أعتقهما ليس من أهل الصلح، لأنه إن كان من أهل الصلح فمعتقه من أهل الصلح، والثاني أنه لا يجوز أن يزوجها كانت من أهل الصلح أو لم تكن، كانت عليها جزية أو لم تكن، وهو قول ابن القاسم في رسم باع شاة لأنه قال فيه: لا يزوج المسلم النصرانية كانت أخته أو ابنته أو مولاته لا يزوج المسلم النصرانية لا مسلماً ولا نصرانياً، ومولاته لا جزية عليها وإن كان أعتقها وهو مسلم؛ والثالث أنه يزوجها كانت من أهل الصلح أو لم تكن، كانت عليها جزية أو لم تكن إلا أن تكون من أهل الصلح فيكون هو أولى بتزويجها منه إن شَاحُّوه في ذلك لأنهم إنما صالحوه وبذلوا الجزية على أن يخلى بينهم وبين نسائهم، وهو قول ابن القاسم في سماع زونان وأصبغ وقول أصبغ في **الواضحة**، وذهب ابن لبابة إلى أنه لا اختلاف في المسألة وأن أقوالهم ترجع إلى أنها إن كانت ممن عليها جزية فلا يزوجها المسلم كانت

(٢٩) الآية ٧٢ من الأنفال.

من أهل الصلح أو لم تكن، وإن لم تكن عليها جزية فيزوجها بأن يحمل رواية عيسى في رسم باع شاة على أنه أراد مولاته التي أعتقها وهو نصراني ويحمل ما في سماع زونان على أنهما معتقان لمسلم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله ليرفعن أمراً إلى السلطان

قلت لابن القاسم: أرأيت البكر تقيم مع زوجها الستة الأشهر فيعترض له عنها ثم يطلقها زوجها أترى لأبيها أن يزوجها من غير أن يؤامرها؟ قال أرى أن يؤامرها، قال: فإن زوجها ولم يؤامرها رأيت النكاح جائزاً.

قال محمد بن رشد رحمه الله: استحب أن يستأمرها إذا أقامت مع زوجها الستة الأشهر أو نحوها مراعاة لقول من لا يرى للأب أن يزوج ابنته البكر إلا برضاها بظاهر قول النبي ﷺ: «ٱلْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»[٣٠] إذ الأب ولي من الأولياء، والأَيِّمُ يقع على من لا زوج لها، كانت بكراً أو ثيباً، فإن لم يفعل وزوج مضى النكاح، وهذا إذا أقرت بذلك على نفسها قبل أن يزوجها أو بقُرْبِ ما زوجها، وأما إن زوجها وهي غائبة بعيدة الغيبة أو حاضرة فلم يعلم حتى طال الأمر فإنها تتهم على إمضاء النكاح بإقرارها على نفسها أن زوجها الذي دخل بها لم يصبها. وأما التي لم تقم مع زوجها إلا اليسير الشهر أو الشهرين فهي بمنزلة التي لم يدخل بها زوجها لا وجه للاستحباب في ذلك عنده، قاله مالك في رسم إن خرجت من سماع عيسى، وأما إذا أقامت مع زوجها العام فما فوقه فهي بمنزلة الثيب لا يزوجها إلا برضاها، فإن لم يستأمرها لم يلزمها النكاح، قاله في المدونة.

مسألة

وسئل مالك عن امرأة تزوجت رجلاً شرطت عليه ألا يخرج

---

(٣٠) هو عند الترمذي وأبي داوود وابن ماجه وفي الموطأ ومسند أحمد.

بها إلا برضاها أو رضى أبيها، قال مالك: لا أدري ما رضاها أو رضى أبيها؟ إن كان الشرط برضاها مع رضى أبيها فليس له أن يخرج بها حتى يرضيا، وإن كان رضاها وحدها فله أن يخرج بها إذا رضيت، فقال له زوجها إنها بكر ولم أدخل بها بعد، قال: لا يضرك ذلك، والبكر والثيب في هذا سواء إذا رضيت البكر وكان الرضى لها دون أبيها فله أن يخرج بها.

قال محمد بن رشد: لم يذكر في السؤال أن الشرط مقيد بطلاق ولا تمليك، وإيجاب مالك عليه إن كان الشرط برضاها مع رضى أبيها ألّا يخرج بها حتى يرضيا جميعاً، يدل على أنه إنما تكلم على أن الشرط مقيد بطلاق على ما في رسم إن أمكنتني من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، ولو كان الشرط مقيداً بتمليك لكان الاعتبار رضاها دون رضى أبيها لأن الشرط إنما أخذ لها، فإن رضيت أن يخرج بها وكانت هي المملكة كان ذلك إسقاطاً لحقها وإن كان الأب هو المملك كان ذلك منه رضى بالبقاء مع زوجها وأمر الأب باتباع رأيها إلا أن يبدر فيطلق قبل أن ينهاه السلطان فينفذ الطلاق على ما يأتي في رسم استأذن من سماع عيسى. وإن كانا جميعاً مملكين لم يكن له أن يطلق دونها إذ قد رضيت هي بإسقاط حقها، ولو خرج بها دون رضاهما جميعاً لم يكن لأحدهما أن يقضي بالفراق دون صاحبه لأنهما جميعاً مملكان فيه، فليس لأحدهما أن ينفرد به، ولو لم يكن الشرط مقيّداً بشيء لم يلزم ذلك الزوج بحكم على مذهب مالك وجميع أصحابه إلا أنه يستحب له الوفاء به عندهم لقول النبي عليه السلام: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهَا ما ٱسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ»(٣١) وإنما توقف مالك في شرط الرجل لامرأته أن لا يخرج بها إلا برضاها أو رضى أبيها فقال لا أدري ما رضاها ورضى أبيها إلى آخر قوله لأن لفظة أَوْ لَهَا مَوَاضِع في وضع اللسان يصلح منها ثلاثة في هذا المكان أحدها أن يكون أراد بها التخيير بين الرضاءيْن كقول الله عز وجل: ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ

---

(٣١) هو في صحيح البخاري وسنن أبي داوود وعند الترمذي وفي المسند لابن حنبل.

عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾(٣٢) فيكون له أن يخرج بها برضا من رضي منهما، والثاني أن يكون أراد بها الجمع بين الرضاءيْن بمعنى الواو كقوله عز وجل: ﴿ وَلَا تُطِعْ مِنْهُم آثِماً أَوْ كَفُوراً ﴾(٣٣) يريد ولا كفوراً أو كقوله في الحديث مع ما نال من أجر أو غنيمة إذ لا ينبغي الأجر مع الغنيمة فلا يكون له أن يخرج بها إلا برضاهما جميعاً، والثالث أن يكون أراد بها إبهام أي الرضاءيْن أراد كما يقول الرجل أنا أعلم إن كنت صحيحاً أو مريضاً، فيكون له أن يخرج بها إذا رضيت إن كان أراد رضاها وحدها، وأن يخرج بها إذا رضي أبوها إن كان أراد رضاه وحده، فلما احتمل لفظ الزوج عنده هذه الوجوه توقف عن الجواب فيه وأجاب على الصريح في الشرط باستثناء رضاهما معاً أو رضى أحدهما دون صاحبه، والوجه في هذا اللفظ المحتمل الذي توقف مالك عن الجواب فيه أن يحمل على أظهر محتملاته وهو التخيير، فيكون له أن يخرج بها برضا من رضي منهما، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن رجل كانت تحته امرأة فخطب أختها على ابنه فقالت له عمتها أعلى صداق أختها قال: لن أقصر بها إن شاء الله، فزوجوه، ثم إن الابن طلقها، قال أمقرّ هو بذلك؟ قال: نعم، قد قلت هذا القول ووعدتهم، ولم أوجب على نفسي صداقاً، فرأيته يراه عليه قال مالك مرة فليصطلحوا، وكان يراه عليه شبيهاً بالايجاب ولم يبينه، قال ابن القاسم: أرى ذلك عليه إذا زوجوه على ذلك، وذلك كأنه إنما تزوج على المكافأة، قال سحنون مثله.

قال محمد بن رشد رحمه الله: أما إذا كان قولهم قد زوجناك جواباً

(٣٢) الآية ٨٩ من المائدة.
(٣٣) الآية ٢٤ من الإنسان.

لقوله لن أقصّر بها عن صداق أختها فبيّن أن ذلك يلزمه كما قال ابن القاسم لأنه بمنزلة أن لو قالوا له: نزوجك على أن لا تقصر بها عن صداق أختها. وأما إن انقطع ما بين الكلامين فالأمر محتمل، والأظهر إيجاب ذلك كما ذهب إليه مالك رحمه الله وإن كان لم يبينه لأن ذلك أقوى من العدة الخارجة على سبب، وفي التفسير ليحيى عن ابن القاسم انه يحلف ما أراد إيجاب ذلك على نفسه ولا يلزمه شيء، فإن نكل غرِم نصف الصداق. ووجه ذلك أنه رأى قوله لن أقصر بها إن شاء الله عدة لا تلزم فلم يلزمه شيء إذا حلف أنه لم يُرِدْ إيجاب ذلك على نفسه وحلفه بالتهمة دون تحقيق الدعوى ولذلك لم يرد اليمين في ذلك بقوله على القول في لحوق يمين التهمة وإنها لا ترجع، وقد اختلف في الوجهين.

مسألة

وسئل مالك عن سفر الرجل بامرأة أبيه أتراه ذا محرم؟ فقال قال الله تعالى: ﴿ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ ﴾(٣٤) فأتمَّ الآية وقال: هؤلاء ذوو المحارم، فأما الرجل يكون أبوه قد طلق المرأة وتزوجت أزواجاً ثم يريد أن يسافر بها فلا أحب ذلك، وكره ذلك، قال ابن القاسم : وما يعجبني أن يسافر بها فارقها أبوه أو لم يفارقها، وإنما كان هذا من مالك حجة ولم أره يعجبه.

قال محمد بن رشد: احتجاج مالك بالآية يدل على أنه حمل قول النبي ﷺ: «لَا تُسَافِر ٱمْرَأَةٌ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا»(٣٥) على عمومه في جميع ذوي المحارم من نسب أو رضاع، وكراهيته أن يسافر بها إذا

(٣٤) الآية ٢٣ من النساء.

(٣٥) هو عند البخاري ومسلم وعند أبي داوود والترمذي وابن ماجه وفي مسند ابن حنبل مع اختلاف في العبارة.

كان أبوه قد طلقها وتزوجت الأزواج استحسان مخافة الفتنة عليه، إذ ليست في تلك الحال زوجة لأبيه، وكره ابن القاسم أن يسافر بها فارقها أبوه أو لم يفارقها لاحتمال أن يكون أراد النبي عليه السلام بقوله: «لَا تُسَافِرِ ٱمْرَأَةٌ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا» ذوي محارمها من النسب دون الصهر، فقول مالك في حمل الحديث على ظاهره من العموم أظهر، وقول ابن القاسم أحوط، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسئل مالك عن الرجل تحضره الوفاة فيقول: إن ابن أخي قام مع ولدي في تركتي حتى يبلغوا فقد وصلته بابنتي، فلما هلك ترك ابن أخيه القيام في ذلك وغاب إلى بلد آخر، فسئل مالك عن ذلك فقال: أراه قد ترك الذي اشترط عليه عمه من ذلك ولا أرى له نكاحاً إلا أن تشاء الجارية أن تنكحه نكاحاً جديداً، وكان أبوهم قد ترك الجارية وأخاها وهما صغيران لم يبلغا ثم بلغا وسألا مالكاً عن ذلك فقال إذا لم يقم فلا أرى نكاحه إلا منتقضاً ولتنكح إن شاءت، قال ابن القاسم: ولو قام بالذي أوصى عمه لرأيت أن يزوج ويكون على ابن الأخ الصداق، وقد سمعت مالكاً غير مرة وهو يسأل ونزلت به عن الرجل يوصي أن تزوج ابنته ولا يزوجها هو، وإنما أوصى أن تزوج فرأى أن ينفذ ما أوصى به من ذلك، وقد كان بعض الناس يقول ليس ما أوصى به مثل ما زوج فرأيت مالكاً أنفذه وأمر به، ورآه واحداً ولم يختلف عنده مثل ما يقول زوجوها ابن أخي أو زوجوها فلاناً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن ما جاز للرجل أن يوصي به دون شرط جاز له أن يوصي به على شرط، فإذا كان للرجل أن يوصي أن تزوج ابنته من ابن أخيه جاز له أن يوصي أن تزوج منه إن قام في تركته مع

ابنه لأن قوله فقد وصلته بابنتي يرجع إلى معنى الوصية بتزويجها منه إن فعل ذلك، وذلك بَيِّنٌ من قول ابن القاسم ولو قام بالذي أوصى عمه لرأيت أن يزوج ويكون عليه الصداق، وظاهر ما حكي عن بعض الناس أن وصية الرجل بتزويج ابنته لا يجوز سمى الزوج أو فوض إلي الموصى إليه الاجتهاد في ذلك خلاف المشهور من مذهب مالك في الوجهين، وقد مضى في رسم شك في طوافه من رواية علي بن زياد عن مالك ما يدل على الفرق بين الوجهين، فهو قول ثالث في المسألة، وقد اختلف إذا قال الرجل في حياته إن فعل فلان كذا فقد زوجته ابنتي فقال مالك في رسم سن بعد هذا في الذي يقول إن جاءني فلان بخمسين ديناراً فقد زوجته ابنتي: لا يعجبني هذا النكاح ولا تزويج له، ظاهره وإن جاء بالخمسين بالقرب، فعلى هذا إذا زوج الغائب القريب الغيبة لم يجز نكاحه وإن رضي بالقرب، ولأشهب في كتاب ابن المواز في الذي يقول للخاطب: إن فارقت امرأتك فقد زوجتك أن النكاح يجوز فجعله ينعقد بنفس الفراق، قال: ولو قال: إن فارقت امرأتك زوجتك كانت خدعة، ولم يلزمه تزويجه، وأحب إلي أن يفي، قال أبو إسحاق التونسي: وإذا لم ير النكاح منعقداً بنفس الفراق فقد كان القياس أن يجبره على أن يزوجه على أصولهم فيمن أخرج عن يده شيئاً بوعد وعد به وإن لم يوجبه الواعد على نفسه أن ذلك لازم له بخلاف الوعد المجرد مثل أن يقول: بع فلاناً فرسك والثمن عليّ أو اهدم دارك وأنا أعطيك كذا وكذا إن هذا لازم وما أشبه ذلك، وهذا إن عد طلاقه للمرأة رضى بالعقد وأنهما لا يحتاجان إلى تجديد عقد، وإن لم يعد طلاقه للمرأة رضى بالعقد صار نكاحه فيه خياراً لأحدهما، فوجه ما في رسم سن أنه لم يعد مجيئه بالخمسين ديناراً رضى بالعقد فرآه نكاحاً انعقد على خيار أحدهما، فهذا توجيه كل واحد من القولين، وهذا الاختلاف إنما يصح عنه إذا أراد إن فعلت ذلك بالقرب، ولو قال متى ما فارقت امرأتك فقد زوجتك، أو متى ما أ تيتني بخمسين ديناراً فقد زوجتك لم يجز النكاح قولاً واحداً، والله أعلم، ويأتي في رسم الصبرة من سماع يحيى القول في الذي يقول: إن متُّ من مرضي فقد زوجت ابنتي من ابن أ خي إن شاء الله.

مسألة

قال: وسئل مالك عن العبد يزوج ويشترط على سيده النفقة، قال مالك: لا يجوز، لو هلك ذهب الشرط، ولو جاز هذا لأخذ لها نفقتها من ميراث السيد، فهذا النكاح يفسخ، قال ابن القاسم: ومعنى قوله فيما نرى والله أعلم إذا لم يدخل بها، قال عيسى: قلت لابن القاسم: فإذا دخل بها؟ قال يثبت النكاح وتكون النفقة على العبد ويسقط الشرط عن السيد.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة في رسم حلف أن لا يبيع سلعة سماها موعبا، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسئل مالك عن رجل أعتق أم ولده وأعطاها عشرة دنانير صداقاً شرطاً عليها قبل أن يعتقها ثم دخل بها، قال مالك: هذا نكاح مفسوخ، فإن كان دخل بها رأيت أن يفارقها ثم يستبرىء رحمها ثم يتزوجها بعد إن أحبت وتكون لها العشرة التي أخذت بالْمَسِيسِ.

قال محمد بن رشد: خرج البخاري عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا(٣٥م) ورأى ذلك مالك من خواص النبي ﷺ لأنه نكاح بغير صداق كالموهوبة التي خصّ بها دون المؤمنين، فلم يجز لأحد أن يفعله، واختلف إذا وقع ذلك فقيل إنه نكاح فاسد لصداقه لوقوعه دون صداق، إذْ لا يكون العتق صداقاً فيفسخ قبل الدخول ويثبت

(٣٥م) أخرجه ابن ماجه في السنن في باب النكاح عن أنس بلفظ: صارتْ صَفِيَّةُ لِدِحْيَةَ الكَلْبِيِّ ثم صَارتْ لرسول الله ﷺ فَتَزَوَّجها وجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا.

بعده ويكون فيه صداق المثل، وإلى هذا ذهب الفضل، وعليه حمل قول ابن حبيب، فعلى هذا يجوز النكاح إذا سميا فيه صداقاً كمسألة الكتاب، وقيل إنه نكاح فسد لعقده فيفسخ قبل الدخول وبعده ويكون فيه الصداق المسمى إن كان سمي فيه صداق، وهو قول مالك في مسألة الكتاب، ووجه هذا الاختلاف أنه لما أعتقها على أن يكون عتقها صداقها احتمل أن يكون وقع العتق قبل النكاح وأن يكون وقع النكاح قبل العتق، فمن تأول أن العتق وقع قبل النكاح رآه نكاحاً فسد لصداقه إذ وقع بغير صداق، ومن تأوّل أن النكاح وقع قبل العتق رآه نكاحاً فسد لعقده إذْ وقع وهي أمة له مملوكة، ونكاح الرجل مملوكته لا يحل، وقال مالك في الواضحة وكتاب ابن المواز: إنه نكاح فاسد إذ لا يدرى إن كان نكاحه وقع وهي أمة أو حرة، وذلك يرجع إلى أنه نكاح فسد لعقده، والأظهر أنه فسد لعقده لأن اللفظ يقتضي وقوعهما معاً، وذلك يوجب أن يكون وقوع النكاح قبل كمال الحرية، وقيل إنه ليس بنكاح منعقد، وإنما شرط عليها ما لا يلزمها، فإن رضيت بتزويجه بعد نفوذ العتق لها جاز، وإن لم ترض لم يكن بينهما نكاح يحتاج إلى فسخه. فإن لم يعثر على ذلك حتى بنى بها مضى النكاح بشبهته، وكان لها صداق المثل، وهذا ظاهر قول ابن حبيب في الواضحة، وفيه نظر، إذ كان القياس على هذا القول أن يفرق بينهما بعد البناء لابتنائه بها على غير عقد منعقد إلا بما ظناه من أن النكاح قد كان لزمها وانعقد بينهما، والصواب أنه نكاح فاسدٌ إمَّا لصداقه وإما لعقده على ما قلناه، وإنما يكون غير منعقد إذا أعتقها على أن يتزوجها بعد العتق، ومن الناس من ذهب إلى أنه يجوز أن يجعل الرجل عتق الأمة صداقها، قال: لأنه أذا جاز أن يعتقها على مال يجب له عليها بعد العتق جاز أن يعتقها على أن تكون زوجة له بذلك، وهذا لا يلزم لأنه إذا أعتقها على مال فقد ملكته بما ملكها من عتقها ما لم يكن مالكاً له قبل عتقها، فصحت المعاوضة في ذلك، وأذا أعتقها على أن تكون زوجة له بذلك فلم تملكه بما ملكه من عتقها إلا البضع، وقد كان مالكاً له قبل، فلم تصح المعاوضة ولا وجب له عليها بعتقها شيء يكون صداقاً. ومن الناس من ذهب إلى أنه إذا أعتقها على أن

يكون عتقها صداقها لا تكون زوجة له إلا بنكاح مستأنف بعد العتق يملكه عليها بصداق يجب له عليها بالعتاق، وهو فاسد إذْ لو وجب له عليها صداق بعتقها لكان له أن يأخذها به إن شاء ويترك النكاح، فإذا لم يجب ذلك له فكيف يتزوجها على غير مال؟ ومن الناس من ذهب إلى أنه إذا أعتقها على أن يكون عتقها صداقها لا تكون زوجة له إلا برضاها بذلك بعد العتق، فإن لم ترض كان عليها أن تسعى له في قيمتها، فإن رضيت كانت زوجة له بما يجب له عليها من السعاية في قيمتها، وإن طلقها قبل الدخول سعت له في نصف قيمتها، وإلى هذا ذهب أبو يوسف، واحتج بهذه الحجة، ولا يلزم إلا لمن يتابعه على وجوب السعاية عليها في قيمتها إن لم ترض بالنكاح، فتحصيل القول في هذه المسألة أن في ذلك قولين: أحدهما أن ذلك لا يجوز، وهو مذهب مالك وجميع أصحابه، قيل لأنه نكاح بغير صداق، فإن وقع كان حكمه حكم ما فسد لصداقه، وقيل لأنه نكاح وقع قبل كمال العتق بما اقترن به من الشرط، فإن وقع كان حكمه حكم ما فسد لعقده ويكون فيه الطلاق والميراث مراعاة للاختلاف، وقيل إنه ليس بنكاح لأنه شرط عليها ما لا يجوز ولا يلزمها، فيفرق بينهما دخل أو لم يدخل بغير طلاق، ولا ميراث فيه، وقيل إنه إن دخل يمضي لشبهة العقد، وهو بعيد على هذا القول، وبالله التوفيق، لا شريك له.

مسألة

قال: وسئل مالك عن رجل تحته امرأة ولها صاحبة معها في البيت وزوج المرأة يدخل في بيته وصاحبتها قاعدة معها، قال: لا بأس بذلك إذا أكفت عليها ثيابها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه لا حرمة بينه وبينها، فإذا أكفت عليها ثيابها واستترت منه كما قال الله عز وجل: ﴿ وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ ﴾(٣٦) الآية لم يكن عليه بأس في الدخول عليها في بيته

(٣٦) الآية ٣١ من النور.

وهي قاعدة فيه مع أهله، إذ لو لم يحل له ذلك لكان من الحرج في الدين الذي قد رفعه الله عن عباده بِنَصِّ التنزيل، وبالله التوفيق.

ومن كتاب طلق ابن حبيب

قال وسئل مالك عن الرجل يزوج ابنه ويصدق عنه ويدفع الصداق إلى المرأة ثم يهيج بين الابن والمرأة شيء ثم يطلقها قبل أن يدخل بها لمن ترى نصف الصداق؟ أللأب أم للابن؟ قال: للأب وليس للابن منه شيء قال ابن القاسم: والأجنبي مثله.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن الأب لم يهب ابنه شيئاً وإنما ودّى عنه ما وجب لزوجته عليه، فإذا طلقها قبل الدخول وجب أن يرجع نصف الصداق إلى الأب لأن الزوجة لم يجب لها، وهذا بيِّنٌ على القول بأن المرأة لا يجب لها بالعقد إلا نصف الصداق، وأما على القول بأنه يجب لها بالعقد جميع الصداق فيلزم على قياس قول ابن الماجشون أن يكون نصف الصداق للابن دفعه الأب إلى المرأة أو لم يدفعه إليها، وفي **الواضحة** قال ولو ألفى النكاح مفسوخاً قبل البناء ففسخ سقط الصداق عن الحامل، وإن كان قد دفعه رجع إليه كله، قال ولو كان النكاح صحيحاً فتباريا على المتاركة قبل البناء فإن ابن القاسم قال يرجع جميع الصداق إلى الحامل إن كان قد أعطاه ويسقط عنه إن كان لم يعطه، وقال ابن الماجشون يرجع إلى الحامل النصف الذي يسقط عن الزوج بالطلاق قبل البناء، ويرجع إلى الزوج النصف الذي أوجب الله للمرأة بطلاقها قبل البناء قال عبد الملك: وبه أقول لأن ذلك النصف بمنزلة الجميع إذا باراها على رده بعد البناء وهو كله للزوج، وليس للحامل منه شيء، وهو القياس، ووجه قول ابن القاسم أن المرأة لم تملك بالعقد جميع الصداق ولا نصفه أيضاً مِلكاً مستقراً إذ قد يسقط جميعه بالارتداد فليس استحقاق المرأة نصف الصداق بالعقد كاستحقاقها لجميعه بالدخول، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل تكون له أم الولد الشابة فيعتزِلُها ويتزوج، فيريد أن يزوجها فلا ترضى بذلك، قال ليس له أن يزوجها إذا لم ترض، وإنما له متعتها أن يطأها، فإن لم يكن له بها حاجة فليعتقها، وما علمت أن أحداً من أهل الفضل والفقه فعل ذلك بأم ولده، وإن هذه الأخلاق دنية، فقيل له: فليس له أن يزوجها إذ كرهت؟ قال ليس ذلك له.

قال محمد بن رشد: لهذا رجع مالك أنه ليس له أن يجبرها على النكاح، وكان أولاً يقول إن له أن يزوجها بغير رضاها إذا زوجها ممن يشبهها من العبيد، فإن زوجها وَغْداً من العبيد وهي ذات حال في الجمال والشباب والعقل لم يجز ذلك عليها لأنه حينئذ مضارها، وهو قول ابن المواز، ودليل ما في كتاب إرْخَاء الستور من المدونة، وجه قوله الأول إن أصلها الرق، وما فيها من الحرية تبع للرق الذي هو الأصل فيها، فيزوجها كما يطؤها وينتزع مالها، ووجه القول الذي رجع إليه أن الحرية قد سرت إليها بولدها، ودل على ذلك قول رسول الله ﷺ في أم ولده أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا فلم يبق له فيها من الرق إلا ما أباح له الشرع من الاستمتاع بها طول حياتها فلم يكن له أن يزوجها.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يريد تزويج المرأة فيريد أن يغتفلها النظر إما من الكوة ونحوها لينظر إلى جمالها، قال: ليدخل عليها بإذن، قال: قلت لا يريد ذلك وإنما يريد أن يغتفلها فقال: ما سمعت فيه شيئاً، فقيل إن قوماً يحدّثون في ذلك بأحاديث فقال: وما ذلك؟ قلت له يقولون إن له ذلك، قال وما سمعت وإني لأكره ذلك.

قال محمد بن رشد: قد جاءت في اغتفال الرجل النظر إلى المرأة إذا

أراد أن يتزوجها آثار من ذلك ما روي عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ ٱلْمَرْأَةَ فَقَدَرَ عَلَى أَنْ يَرَى مِنْهَا مَا يُعْجِبُهُ فَلْيَفْعَلْ»(٣٧) قال جابر: فلقد خطبت امرأة من بني سلمة فكنت أتخبأ لها في أصول النخل حتى رأيت منها بعض ما يعجبني فخطبتها فتزوجتها، ولم يسمع ذلك مالك ولا صح عنده فكرهه، وأجاز ذلك ابن وهب، ولم ير به بأساً للآثار المَرْوِيَّة فيه. وسئل أصبغ عنه وقيل له: بلغنا أن ابن وهب روى عن مالك إجازته فقال: لم يكن ابن وهب يرويه وإنما كان يقول برأيه ورواية الأحاديث، وأما نظر الرجل إلى وجه المرأة بإذنها دون أن يختفلها إذا أراد نكاحها فأجازه مالك كما يجوز له النظر إلى وجهها في الشهادة لها وعليها، ومن أهل العلم من لم يجز ذلك له، واحتج بما روى من أن الرسول ﷺ قال لعلي: «إِنَّ لَكَ كَنْزاً فِي الجَنَّة وإِنَّكَ ذو قرنيها، فَلَا تُتْبِع النَّظْرَة النَّظْرَة فإِنَّما لَكَ ٱلأُولَى وَلَيْسَتْ لَكَ الثَّانِيَة»(٣٨) قال فلما حرم رسول الله ﷺ النظرة الثانية لكونها باختيار الناظر بخلاف الأولى التي كانت فجأة بغير اختياره دل أنه لا يجوز لأحد أن ينظر إلى وجه امرأة إلا أن يكون بينه وبينها من النكاح أو الحرمة ما يبيح له ذلك، وقول مالك هوالصواب لأنه إنما حرم من النظر إلى وجه المرأة ما كان لغير معنى يبيحه من نكاح أو شهادة، وأما استغفاله النظر إليها فإنما كرهه مالك مخافة أن يرى منها بعض عورتها، ومن أجاز ذلك للأحاديث المروية فيه فإنما يجيزه إذا أمن ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن المرأة أيدخل عليها خصيها أو خصيّ زوجها صغيراً كان أو كبيرا؟ قال: أمّا ما تملك، فلا بأس به، وأما خصيان زوجها فإني أرجو أن يكون خفيفاً، قيل له: فخصيان غيره؟ فكأنه كرهه وقال: خصيان زوجها أبين عندي، قال ابن القاسم:

(٣٧) هو عند الترمذي وأبي داوود وفي مسند ابن حنبل.

(٣٨) هو في مسند ابن حنبل.

وأحب إليّ فيما لا يملكه منهم من خصيان زوجها وغيرهم ممن بلغوا الحلم ألا يرى شعرها ولا شيئاً من زينتها إلا وجهها، وأما ما يملك فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: استخفّ أمر خصيان زوجها للمشقة الداخلة عليها في الاحتجاب منهم مع كثرة ترددهم وتطوافهم، وقول ابن القاسم أقيس، وقد مضى من القول في هذه المسألة في رسم شك في طوافه ما يبين معناها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن رجل خطب امرأة وشرط لها في نكاحها ألا يتزوج عليها وأن لا يتسرى، فإن فعل فهي طالق، وأحضر لذلك شهوداً ثم تفرقوا، وترك ذلك وقد شهد الشهود على إقراره وكتبوا بذلك كتاباً وقبضت المرأة الكتاب، ثم خطبها بعد ذلك فتزوجها وأشهد شهوداً غير الأولين الذين كانوا شهدوا على الإقرار فقامت المرأة تطلب ذلك الشرط وقال الرجل: قد تركت الأمر الأول ونكحت نكاحاً جديداً على غير شرط، قال: من يعلم ذلك؟ أله بذلك بينة؟ قال: لا، قال: ذلك يلزمه إلا أن تكون له بينة.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة أن النكاح لم يتم أولاً وإنما خطبها على ما سمى من الشروط وكتب في كتاب وقبضت المرأة الكتاب لتنظر، ثم ترك الخطبة زماناً ثم عاد إليها فتزوجها ولم تذكر الشروط ثانية، فقال: إنها له لازمة لأن الخطبة الثانية مبنية على الأولى التي ذكر فيها الشروط إلا أن تكون له بينة أنه إنما خطبها الثانية وتزوجها على غير شرط، ولو كان النكاح قد تم أولاً وانعقد على الشرط ثم طلقها وخطبها ثانية فتزوجها لكانت الشروط بالطلاق لازمة لها ما بقي من ذلك الملك شيء، وإن اشترط أنها لا تلزمه، إذ ليس للمرأة أن تسقط عنه ما قد لزمه من الأيمان بالطلاق، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك: كان ربيعة بن أبي عبد الرحمان يقول: إنما يستحب الطعام في الوليمة لإثبات النكاح وإظهاره ومعرفته لأن الشهود يهلكون.

قال محمد بن رشد: يريد أن هذا هو المعنى الذي من أجله أمر رسول الله ﷺ بالوليمة وحض عليها بقوله لعبد الرحمان بن عوف: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ» (٣٩) وما أشبه ذلك من الآثار، وقوله صحيح يُؤَيِّدُه ما روي أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ مَرَّ هُوَ وَأَصْحَابُهُ بِبَنِي زُرَيْقٍ فَسَمِعُوا غِنَاءً وَلَعِباً فَقَالَ: مَا هَذَا؟ فَقَالُوا: نَكَحَ فُلَانٌ يَا رَسُولَ اللهِ، فَقَالَ: كَمُلَ دِينُهُ هَذَا النِّكَاحُ لا السفاح ولا نكاح السر حَتَّى يُسْمَعَ دُفٌّ أَوْ يُرَى دُخَانٌ(٤٠) والله الموفق.

مسألة

وسئل مالك عن الإتيان إلى الوليمة، فقال: أرى أن يأتيها، فقيل له: ربما كان الزحام فيكره ذلك لموضعه، فقال: إن كان الزحام فإني أرى له في ذلك سعة، فقيل له: فيجيب وإن كان صائماً؟ قال: نعم، أرى أن يجيب أكل أو لم يأكل.

قال محمد بن رشد: قوله: أرى أن يأتيها يريد ولا سعة له في التخلف عنها إذا دعي إليها لقول رسول الله ﷺ: «إذا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى الْوَلِيمَةِ فَلْيَأْتِهَا»(٤١) وقوله: «وَمَنْ لَمْ يَأْتِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ»(٤٢)،

---

(٣٩) في الصحيحين وعند أبي داوود والترمذي وابن ماجه وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.

(٤٠) لم أقف عليه.

(٤١) انظر فيه الصحيحين وأبا داوود وابن ماجه والموطأ ومسند ابن حنبل.

(٤٢) في الموطأ: «عن أبي هريرة أنه كان يقول: شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك المساكين ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله».

يريد بالدعوة دعوة الوليمة في العرس لأنها المشار إليها إذ هي المتقدمة المذكورة في الحديث فلا رخصة لأحد في التخلف عنها إلا من عذر، ورأى أن الزحام عذر رأى له في التخلف بسببه سعة لأن تَقَحُّمَهَ إياه مُؤْذٍ له ومُضرٌّ به، وقد قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»(٤٣)، فهو مخصص لعموم أمره بالإتيان إلى الوليمة، وكذلك يخصص بالشرع من عموم أمره بالإتيان إليها في حال يكون فيها من اللهو ما لا يجوز حضوره في غيرها خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لا يسعه التخلف عنها لذلك إذ قد أمر بالإتيان إليها أمراً عاماً لم يقع فيه ثنياً، وقوله: أرى أن يجيب أكل أو لم يأكل يريد أن الإجابة تلزمه كان صائماً أو مفطراً، فإن كان صائماً صلى كما جاء في الحديث أي دعا، وإن كان مفطراً فليس عليه بواجب أن يأكل، وإنما يستحب له ذلك ويندب إليه، لأن أمر النبي ﷺ بالأكل فيما روي عنه من قوله: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ فَإِنْ كَانَ مُفْطِراً فَلْيَأْكُلْ وَإِنْ كَانَ صَائِماً فَلْيُصَلِّ»(٤٤) محمول على الندب عند مالك بدليل قول النبي عليه السلام في حديث آخر: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ فَإِنْ شَاءَ أَكَلَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ»(٤٥)، وأهل الظاهر يوجبون عليه الأكل بظاهر الحديث الأول، وما ذهب إليه مالك من استعمال الحديثين أولى من اطراح أحدهما، وأما ما سوى وليمة العرس من الدعوات فمنها ما تستحب الإجابة إليه، ومنها ما يكره، ومنها ما يحرم على ما قد مضى القول فيه في سماع أشهب من كتاب الصيام خلافاً لأهل الظاهر في إيجابهم إجابة الداعي جميع الدعوات بظاهر قول النبي ﷺ: «وَمَنْ لَمْ يَأْتِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ»(٤٦)، وسيأتي في رسم الطلاق الثالث من سماع أشهب القول في وجه تفرقة مالك بين الوليمة والسابع، وبالله التوفيق.

---

(٤٣) انظر فيه سنن ابن ماجه والموطأ ومسند ابن حنبل.

(٤٤) انظر فيه صحيح مسلم وسنن أبي داوود وسنن الترمذي ومسند أحمد.

(٤٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٤٦) سبق تخريجه.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يهوى المرأة فيريد أن يتزوجها فيقضي منها لذته وليس من شأنه أن يمسكها إذا قضى منها لذته ويفارقها بعد أن يشتفي منها، قال: لا بأس بذلك، وليس هذا بجميل من أخلاق الناس ولا أحسب إلا أن من النساء من لو علمت بذلك لم ترض أن تتزوج مثل هذا. قال مالك: وهذا بالعراق النهارية، فقيل لمالك: ما النهارية؟ فقال: قوم يتزوجون على أن لا يأتيها إلا نهاراً ولا يأتيها ليلاً، قلت له: ما سمعت بهذا، قال: بلى، هذا فيهم قديم، قيل لمالك: أفتكره ذلك؟ قال: نعم مكروه ولا خير فيه، قال عيسى: فإن وقع فسخ قبل البناء وبعده.

قال محمد بن رشد رحمه الله: أما الذي يتزوج المرأة ونيته أن يقضي منها لذته ويفارقها فلا بأس بذلك كما قال إذا لم يظهر ذلك ولا اشترطه، إذ قد ينكح المرأة ونيته أن يفارقها ثم يبدو له فلا يفارقها، وينكحها ونيته ألا يفارقها ثم يبدو له فيفارقها، ألا ترى أن الرجل لو نوى طلاق امرأته إلى مدة يشتفي منها إليها لم يؤثر ذلك في جواز بقائه معها، والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿ والَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافظون إلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ ﴾(٤٧) الآية، وهذا مثل ما أجاز ابن كنانة للرجل يقدم البلد فيريد أن يقيم فيه شهراً من أن يتزوج ليستعفف(٤٨) وينوي طلاقها إذا أراد الخروج إذا كان إنما هو أمر يحدث به نفسه دون أن يضمره.

قال محمد بن رشد: ولو علمت المرأة بذلك قبل النكاح كانت المتعة بعينها، وأما النهاريّة فلا تشبه هذه المسألة لأن الشرط في العقد فهو نكاح فاسد

---

(٤٧) الآية ٥ من المؤمنون.

(٤٨) كذا.

على المذهب، والذي يأتي فيه على مذهبه في المدونة في الذي يتزوج المرأة على أن لا يشترط لها في مبيتها أن يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويكون له أن يأتيها ليلاً ونهاراً، وهو قول أصبغ في المبسوطة، وحكى أنه قول مالك وأصحابه خلاف قول عيسى بن دينار، ويتخرج فيما يكون له من الصداق إن دخل بها ففسخ النكاح قولان: أحدهما: أن لها الصداق المسمى لأنه نكاح فاسد العقد لما انتظم به من الشروط، والثاني: أن لها صداق مثلها، وهو الأظهر لما في الشرط من التأثير في الصداق، ومن أهل العلم من يجيز نكاح النهارية، وهو قول الحسن وعطاء، ومنهم من يكرهه، وهو قول الحكم وابن سيرين، وبالله التوفيق.

ومن كتاب سن رسول الله ﷺ

قال: وسئل مالك عن الخدم يبيتون في لحاف واحد في الشتاء عُرَاةً فكره ذلك وأنكر أن يبيت النساء عُرَاةً ليس عليهن ثياب يلبسنها في لحاف واحد يتعرين فيه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، والكراهة فيه بينة، فقد جاء النهي عن ذلك، وروي أن الرسول ﷺ نَهَى عَنْ مُكَامَعَةِ الرَّجُلِ الرَّجُلَ بِغَيْرِ شِعَار، ومُكَامَعَة الْمَرْأَةِ المرأةَ بِغَيْرِ شِعَارٍ(٤٩)، والمكامعة هي أن يضاجع الرجل صاحبَه في ثوب واحِد أخِذ من الكميع وهو الضجيع، ومنه قيل لزوج المرأة كميعها، وقد روي معاكمة مكان مكامعة وهي مأخوذة من ضم الشيء إلى الشيء، ومنه قيل: عكمت الثياب إذا شددت بعضها إلى بعض، وقد روي أن الرسول ﷺ نَهَى عَنِ الْمُكَاعَمَة وهي أن يلثم الرجلِ صاحبه، أخذ من كعام البعير وهو أن يسد فاه إذا هاج، يقال: كعمه كعماً فهو مكعوم، وكل شيء مَشْدُود الفَمِ فهو مَكْعُومٌ.

---

(٤٩) هو عند النسائي وأبي داوود وفي مسند ابن حنبل.

مسألة

وسئل مالك عن رجل خطب إلى رجل أُخْتاً له فقال: ما عندك؟ قال: عندي خمسون درهماً، فقال له رجل قاعد معه: إن جاءك بخمسين درهماً أتزوجه؟ قال: نعم، إن جاءني بخمسين درهماً فقد زوجته، فقال مالك: ما يعجبني هذا النكاح، ولا تزويج له.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة في رسم حلف وما فيها من الاختلاف فلا معنى لإعادته.

مسألة

قال مالك: ولا يجوز إنْكَاحُ المرأة ولا العبد وإن استخلفهما أحد، قال ابن القاسم: قال مالك: فإن استخلفا رجلاً جاز ذلك.

قال محمد بن رشد: قوله: ولا يجوز إنكاح المرأة والعبد وإن استخلفهما أحد معناه: أنه لا يجوز لهما أن يليا عقد نكاح أحد من النساء وإن استخلفهما أحد على ذلك، ويجوز لهما أن يزوجا ذكور ولد من أوصى إليهما على ما في آخر رسم باع شاة من سماع عيسى، ويجوز للعبد أن يزوج ابنه على ما في سماع أبي زيد، والفرق بَيْنَ ولايتهما العقد على الذكور دون الإناث أن الولي المعتبر به في صحة النكاح إنما هو الولي الذي من قبل المرأة لقول عمر بن الخطاب: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان، فإذا زوجت المرأة أو العبد من إلى نظرهما من النساء فقد وقع النكاح بغير وليّ، إذ لا يجوز ولاية المرأة ولا العبد، وإذا زوجا من إلى نظرهما من الذكور فلم يقع النكاح إلا بولي، لأن الأولياء المعتبر بهم في صحة النكاح أولياء الزوجات لا أولياء الأزواج، وهذا بيِّنٌ لا إشكال فيه، وقد وقع في كتاب **محمد بن المواز**، قال: وأما بنات من استخلف العبد فنكاحهن إليه ولا يعقد هو، ولكنه يستخلف غيره يعقده، وكذلك الصغار من اليتامى الذكور وكذلك المرأة يوصى إليها بنحو ذلك هي مثل العبد، وقد قاله مالك فحمل بعض

الناس هذا الكلام على ظاهره من أن الصغار من اليتامى الذكور الذين إلى نظر العبد بمنزلة الإناث اللواتي إلى نـظره نكاحهم إليه، ولا يعقده هو، ولكنه يستخلف غيره على ذلك مثل ظاهر رواية ابن القاسم هذه وما في المدونة من قوله: ولا تعقد المرأة النكاح على أحد من الناس خلاف ما في رسم باع شاة من سماع عيسى، وذلك خطأ صُـرَاحٌ لما بيناه من أن الاعتبار بالولاية في النكاح إنما هي من جهة المرأة لا من جهة الرجل، والصـواب أن رواية عيسى صحيحة مُبَيِّنَةٌ لرواية ابن القاسم هذه على ما تأولناها عليه ولما في المدونة لأن قوله فيها: ولا تعقد المرأة النكاح على أحد من الناس معناه على أحد من النساء ولما في كتاب ابن المواز لأن قوله فيه وكذلك الصغار من اليتامى الذكور معناه أنهم بمنزلة الإناث في أن نكاحهم إليه لا في أنه لا يعقده هو ولكنه يستخلف غيره، وأما العبد والكافر في بناتها فلا يعقدَانِ النكاح عليهن ولا يستخلفان على ذلك أحداً، ولا اختلاف في هذا، فالعبد يزوج ابنه وابن من أوصى إليه، ولا يزوج ابنته، ولا يستخلف من يزوجها، ويستخلف من يزوج ابنة من أوصى إليه ولا يزوجها هو، وكذلك النصرانيّ سواء مثل العبد في هذا، والمرأة تلي العقد على من إلى نظرها من الذكور، ولا تليه على من إلى نظرها من النساء لكنها تستخلف على ذلك رجلاً يصح له العقد، فهـذا تحصيل القول في هذه المسألة، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك في عبد أراد سيده أن يزوجه أمته فقال: لا حاجة لي بالتزويج يسترق ولدي، قال: فتزوجها وولدك حر، فكره ذلك مالك أن يجعله للعبد شرطاً، فإن وقع النكاح فسخ في العبد كما يفسخ في الحر، دخل أو لم يدخل، ويكون الولد إن ولد له أحراراً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده هو مثل ما يأتي في رسم الجواب من سماع عيسى وفي رسم الكبش من سماع يحيى، ومثل ما في الواضحة وغيرها لا أعرف في ذلك نص خلاف ولا يبعد

دخول الاختلاف في ذلك بالمعنى لجريانه على أصل مختلف فيه وهو ما فسد من الأنكحة للشروط التي لا يجوز اشتراطها فيه كالنكاح على أن لا ميراث بينهما أو على أن لا نفقة عليه، أو على أنه إن لم يأت بصداقها إلى أجل كذا وكذا فلا نكاح بينهما، أو على أنه بالخيار أياماً سمّاها، أو على أن لا يطأ نَهاراً أو على أن الطلاق بيد غير الزوج وما أشبه ذلك، فهذا الضرب من الأنكحة قيل فيها: إنها تفسخ قبل الدخول وبعده، وقيل: إنها تفسخ قبل الدخول وتثبت بعده، وإذا فسخت بعد الدخول فقيل: إنه يكون فيها الصداق المسمى، وقيل: إنه يكون فيها صداق المثل، وأما إذا لم يفسخ بعد الدخول وأقرت مع الزوج وأبطل الشرط فإنها ترد إلى صداق مثلها، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله أخذ يشرب خمراً

قال: وسئل مالك عن رجل تزوج امرأة وشرط لها ألا يخرج بها إلى موضع إلا برضاها فخرج بها برضاها إلى موضع، ثم رجعت إلى المدينة، ثم خرج بها الثانية، ثم استأذنته فقال لها: لا أتركك، فقال له أبوها: ائذَن لها، وثقل عليه فقال: لا حتى تحلف بطلاق امرأتك البتة ألا تحبسها عنّي أكثر من عشرة أيام، فقال له مالك: قد قُرِىءَ عليّ البارحة كتاب فيه لأردنها إليك إلا أن يغلبني أمر لا أملكه، فإن كان إنما هو لا يحبسها فلا أرى عليه شيئاً إذا هو لم يحبسها، وإن كان على ما قرىء عليّ فلا أرى ذلك ينفعه إلا أن يردها وإلا لزمته اليمين، كأنه لم يَرَ قَوْلَهُ إلا أن يغلبني أمرٌ لا أملكه ثنيا، قال عيسى: قال لي ابن القاسم: تفسير هذا إذا حلف ألا يحبسها فلم يحبسها ولم ترد هي الرجوع فليس عليه حنث، وإن كانت يمينه لأردنها إلا أن يغلبني أمر لا أملكه فإنه إن لم يردها حنث، وليس استثناؤه بشيء.

قال محمد بن رشد: تكلم مالك في هذه المسألة على يمين الأب بما هو

بيِّنٌ في المعنى من تفرقته بين أن يحلف ألا يحبسها أو ليردنها إلّا أن يغلبه أمر لا يملكه، وإنما لم ير قوله إلا أن يغلبني أمر لا أملكه ثنيا ينتفع بها لأن المعنى عنده فيها حمل عليه استثناؤه أنه أراد به إلا أن يغلبني من هَوَايَ في أن لا أردها إليك بما يظهر إليّ من الرشد في ذلك ما لا أملك دفعه عن نفسي، فلم ينتفع بذلك إذ هو قادر على مخالفة هَوَاه كمن حلف ليضربن عبده إلا أن لا يقدر أن يخالف هواه في أن لا يضربه ثم لم يضربه فهو حانث. ولو استثنى فقال: إلّا أن أرى خيراً من ذلك، أو إلا أن يغلبني أحد على ذلك وما أشبه ذلك لنفعه استثناؤه، ولم يتكلم على منع الزوج إياها من الرجوع بقوله لها: لا أتركك إذ قد تركها، ولو لم يتركها لحنث بما حلف به في الشرط الذي شرط لها ألا يخرج بها على ما مضى في رسم الشجرة من اختلاف في ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله يسلف في المتاع والحيوان المضمون

وقال مالك في امرأة تزوجت على وجه الغلبة فأراد صاحبها التحلل منها، قال مالك: أرى ذلك نكاحاً غير جائز، وأرى لها ألا يزوج حتى يستبرىء رحمها من ذلك الماء بثلاث حيض.

قال محمد بن رشد: قوله: أرى ذلك نكاحاً غير جائز أي غير لازم ولا منعقد، إذ لا ينعقد النكاح إلا برضا المتناكحين كما لا ينعقد البيع إلا برضى المتبايعين، فالواجب عليه أن يفارقها بغير طلاق، ثم لا يتزوج حتى يستبرىء من مائه من ثلاث حيض لأن استبراء الحرائر بثلاث حيض.

ومن كتاب أوله تأخير صلاة العشاء في الحرس

وسئل مالك عن الرجل يـزوِّج المرأة ويشترط على زوجها أن ينفق على ابن لها صغير، قال: ليس هذا من عمل الناس، فقيل لمالك: فيشترط لخدمها؟ قال: لا يشترط أن تنفق على رأس لا ولد

ولا غيره، وكرههما جميعاً، قال: لاأرى ذلك، وليس هذا من عمل الناس، قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن هذا إذا وقع ودخل، قال: أرى أن يفسخ عنه الشرط ويعطي صداق مثلها لما وضعت، وإن لم يدخل بها فسخ النكاح، لأن العقدة كانت مكروهة، ولعل الصبي لا يعيش شهراً أو يعيش عشرين سنة، فلا خير فيه وإن طرحت المرأة الشرط.

قال محمد بن رشد: الفساد في هذا النكاح بيِّنٌ لأنه شرطت عليه نفقة مجهولة غير محدودة لمدة معلومة، فكان نكاحاً فسد لصداقه، يفسخ قبل الدخول وإن طرحت المرأة عليه الشرط ويثبت بعده ويكون فيه صداق المثل على ما قاله ابن القاسم، فقوله تفسير لقول مالك، وقد روي عن أبي محمد بن الشقاق أنه قال: كرهه مالك من غير الوجه الذي كرهه منه ابن القاسم لأن مالكاً قال: لم يكن ذلك من عمل الناس، فسواء عنده ضرب أجلاً أم لا، هو مكروه، وعلى قول ابن القاسم: إن ضرب أجلاً فلا بأس به، وهو بعيد، إذ لا وجه لفساده إلا الجهل بمقدار النفقة المشروطة على الزوج، وللزوج الرجوع على المرأة بما أنفق بالشرط على ولدها أو على من لا تلزمه النفقة عليه من خدمها إلى حين فسخ النكاح أو تصحيحه بصداق المثل، وفي كتاب محمد بن المواز عن أصبغ أن النكاح لا يفسخ إذا طرحت المرأة عنه الشرط، قال: ولا أعلم إلا وهو قول ابن القاسم، وهو أيضاً قوله فيما يشبهه، والمشهور من قول ابن القاسم ماله ها هنا أن النكاح يفسخ وإن رضيت المرأة بطرح الشرط خلاف مذهب أصبغ.

ومن كتاب اوله كتب عليه ذكر حق

وسئل مالك عن البكر يدخل عليها وليها ليشهد عليها في النكاح فتصمت أعلى الشهود أن يسألوها أو الولي إن لم تتكلم برضاها؟ فقال مالك: لا، رِضَى البكر صُمَاتُهَا، فإذا صمتت فلا

يسألها الولي ولا الشهود إن لم تتكلم وهو رِضىً، وإن أنكرت فعليها أن تتكلم واحتج بالحديث.

قال محمد بن رشد: وجه استئمار البكر في النكاح أن يقول لها وليها بحضرة الشهود قبل عقد النكاح أزوجك من فلان، فإن سكتت اكتفى بذلك منها، وليس عليهم أن يسألوها فيقولوا لها: رضيت أم لا؟ هذا معنى قوله في هذه الرواية، وكذلك ليس عليهم على ظاهر هذه الرواية، ومذهب ابن القاسم في المدونة أن يعلموها أن إذنها صماتها لأنها محمولة على أنها عالمة بذلك. وروى محمد بن مسلمة عن مالك أنه ينبغي لهم أن يعلموها بذلك، إذ ليس كل بكر تعلم أن إذنها صماتها، وعلى هذه الرواية يأتي قول غير ابن القاسم في المدونة، وهذا إذا كانت تعلم أن إذنها صماتها.

ومن كتاب الشريكين

وقال مالك في نكاح المحرم إنه فسخ ليس فيه طلاق.

قال محمد بن رشد رحمه الله: هذا أحد قولي مالك في المدونة، وهو اختيار سحنون فيها خلاف اختيار ابن القاسم أنه يفسخ بطلاق مراعاة للاختلاف، وما اختاره سحنون هو القياس على أصل المذهب في أن المحرم لا يجوز نكاحه، وما لا يجوز لا ينعقد، فكان الأولى أن لا يسمى فسخاً إذ لا يفسخ إلا ما قد انعقد، وسيأتي القول في رسم من كان منزله دون الميقات فيمن نكح قبل طواف الافاضة وبعد رمي الجمرة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب اغتسل على غير نية

قال: وسئل مالك عن امرأة زوجت جارية لها مملوكة غلاماً مملوكاً وكان لامرأة بغير إذن سيدته، فعلمت بذلك سيدته فلم تجز النكاح وفرقت بينهما فحلفت سيدة الجارية بحريتها أنه(٥٠) لا

(٥٠) في ق ١: (انها).

تزوجها منه[٥١] الثانية إلا برضى سيدته، فماتت السيدة وورثتها، فأحبت سيدة الجارية أن يتزوجها الغلام؟ قال: لا أحب لفلان أن يزوجها إلا برضى الورثة الذين يملكونه كما كانت تستأذن سيدته.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنها لم ترد سيدته تلك بعينها وإنما أرادت مالكته لئلا يفرق بينهما الثانية كما فعلت في الأولى، فوجب أن تكون اليمين لازمة لها في كل من انتقل إليه ملكه بأي وجه كان من ميراث أو غيره، وسيأتي في آخر رسم من سماع عيسى نقدها نحو هذا المعنى، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل تكون له امرأتان فيكسو إحداهما الخَزَّ وَيُحَلِيها ولا يعطي الأخرى؟ قال: إن لم يكن ميلاً فلا بأس به، فإن الله يقول: ﴿ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ ٱلْمَيْلِ ﴾[٥٢].

قال محمد بن رشد: هذا هو المعروف من مذهب مالك وأصحابه أنه إذا أقام لكل واحدة من زوجاته ما يلزمه لها من المطعم والملبس على قدر حالها لم يكن عليه حرج في أن يوسع على من شاء منهن بما شاء من ماله، إذ ليس عليه أن يعدل بينهن إلا في الكون معهن والمبيت عندهن، وذهب ابن نافع إلى أنه يجب عليه أن يعدل بينهن في ماله بعد أن يقيم لكل واحدة منهن ما يلزمه لها على قدر حالها، والأول أظهر، لقول الله عز وجل: ﴿ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ﴾ لأنها إنما تكون كالمعلقة إذا انفرد بغيرها دونها لا إذا وسع عليها دونها أكثر من توسعته عليها.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يتزوج المرأة على أنه إن خرج بها من

(٥١) في ق ١: (إياه) بدل (منه).
(٥٢) الآية ١٢٩ من النساء.

بلدها أو غاب عنها سنة فأمرها بيدها، فيريد بعض[٥٣] ذلك فيمنعه يمينه وتحب المرأة رضاه فتقول: قد رددت عليك أمرك ووضعت عنك الشرط، قال مالك: إن أحب ذلك إليّ ألا يكون إلا عند ما يحب أن يفعل، فإن فعلت ذلك وأذنت له عندما يريد أن يفعل قبل أن يفعل ثم فعل فلا شيء عليه، وإن أرادت أن تقضي بعد ذلك في نفسها فلا شيء لها، وما تركت من ذلك جائز عليها.

قال محمد بن رشد: قد تقدم القول على هذه المسألة في أول رسم من هذا السماع، فلا معنى لإعاته، وسيأتي في رسم المحرم من هذا السماع، وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى وغيره.

ومن كتاب البز

وسئل مالك عن المرأة يغيب عنها زوجها فيمرض أخوها أو أمها أو أختها فتريد أن تأتيهم تعودهم ولم يأذن لها زوجها حين خرج؟ قال: لا بأس أن تأتيهم وإن لم يأذن لها حين خرج.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه لو كان حاضراً فأراد أن يمنعها من ذلك لم يكن ذلك له، فليس على المرأة واجباً أن تستأذن زوجها إلا فيما له أن يمنعها منه.

مسألة

وسئل عن قليل البرص أترد منه المرأة؟ قال: ما سمعت فيه إلا الحديث الذي جاء ما أحد فيه قليلاً ولا كثيراً، قال: فقلت له: إن بعض الناس أخبرنا أنك لم تر أن ترد من قليله فأنكر، قال ابن القاسم: القليل من ذلك إذا تبين فأرى أن ترد بذلك لأني لو لم أردها وحبستها عليه ثم تفاحش ذلك أدخلت عليه ضرراً وأوطيته

(٥٣) في ق ١: (نقض).

من ذلك ما لا ينبغي ولعله أن يتركها معلقة، وقد سمعت الناس يقولون: إنه يزداد ولو كان من ذلك الشيء اليسير الذي يستيقن معرفة الناس أنه لا يزداد ما رددتها، ولكنه أمر لا يعرف، فلذلك رأيت أن ترد، وللمرأة على الرجل مثله.

قال محمد بن رشد: رأى مالك رحمه الله في رواية ابن القاسم هذه قليل البرص عيباً في النكاح وإن أمنت زيادته فأوجب الرد به للرجل على المرأة وللمرأة على الرجل، ولم ير ابن القاسم أن ترد به المرأة إلا من أجل أنه لا يؤمن أن يزيد فيلزم ذلك الزوج ولا يكون له منه خروج إلا بالطلاق، وقد يكون ذلك قبل الدخول فيلزمه نصف الصداق، وفي ذلك عليه ضرر، فلا يجب على مذهب ابن القاسم للمرأة أن ترد الرجل بقليل البرص وإن خشيت زيادته لأنه إن زاد وأضرّ بها فرق بينهما على مذهبه، وهو نص قوله في رسم نقدها من سماع عيسى، فلا حجة للمرأة عنده فيما يتوقع من زيادته، فقوله في آخر المسألة وللمرأة على الرجل مثله إنما هو من قول مالك لا من قول ابن القاسم، ولمالك في كتاب ابن المواز من رواية أشهب عنه أن الأبرص لا يفرق بينه وبين امرأته وإن غرها، يريد في اليسير خلاف قوله في هذه الرواية مثل مذهب ابن القاسم، وقد روى علي بن زياد عن مالك في الأبرص أنه لا يفرق بينه وبين امرأته وإن كان شديداً، قاله مالك في كتاب ابن المواز يريد إذا كان حادثاً بعد العقد. فيتحصل القول في هذه المسألة أن الرجل إذا غر المرأة بالبرص يكون به من قبل العقد فإن كان شديداً كان لها رده به باتفاق، وإن كان يسيراً كان لها رده به على اختلاف، وإذا حدث به بعد العقد فإن كان يسيراً فلا يفرق بينهما باتفاق، وإن كان كثيراً فيفرق بينهما على اختلاف، وأما البرص بالمرأة فإن كان من قبل العقد كان للرجل ردها به إن كان كثيراً أو يسيراً لا تؤمن زيادته باتفاق، وإن كان يسيراً تؤمن زيادته فعلى اختلاف، وأما إن كان حادثاً بها بعد العقد فمصيبة نزلت بالزوج إن شاء طلق وإن شاء أمسك، ولزمه نصف الصداق قبل الدخول وجميعه بعد الدخول، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل تكون له الجارية الفاره(٥٤) فيريد أن يزوجها غلاماً له قيِّماً له في ريعه على ضيعته أو يكون أميناً يبعثه في حوائجه ويقاضيه، قال مالك: لا يجوز من ذلك ما كان ضرراً، فأما ما كان على وجه الصلاح فلا أرى به بأساً، قد يكون الرجل يطلب نسل ذلك أو يصلح به. غلامه، فإذا كان على هذا الوجه رأيت ذلك، فقيل له: فإنه ربما كان وغداً، وهو لا بأس به، ويكون أسود، قال: ليس ينظر في ذلك إلى الوغد في المنظر، فَرُبَّ وغد المنظر تكون له الخبرة والحال، ولو كان في حاله لا بأس به رأيت ذلك له، فإنما أرى أن يرد من ذلك ما كان ضرراً، وما لم يكن على وجه الضرر رأيت ذلك جائزاً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إنه لا يجوز له أن يزوجها ممن لا يشبه أن تزوج منه من العبيد لأن ذلك من الإضرار بها وقد نهى رسول الله ﷺ عن الإضرار وقال: «مَنْ ضَارَّ أَضَرَّ اللهُ بِهِ»(٥٥).

مسألة

وسئل مالك عن جارية بنت عشر سنين زوجها أخوها وأمها ابن عم لها وأقام زوجها معهم يحوز مال امرأته ويقوم فيه ثم ماتت الأم فطلب الزوج الدخول بالجارية فقال الأخ: لا زوجةَ لَكَ، قال الزوج: لم؟ فقال: لم تكن أختي رضيت ولا أعلمناها، وأنكرت الجارية، قال: فإن قامت له بينة على رضاها وإلا حلفت الجارية وأخوها على ذلك وكان القول قولها وفرق بينهما.

---

(٥٤) في ق ١: (الفارهة).

(٥٥) هو عند ابن ماجه وعند أبي داوود وفي مسند ابن حنبل.

قال محمد بن رشد: أجاز مالك في هذه المسألة نكاح اليتيمة قبل البلوغ إذا أقرت بالرضى أو كانت على ذلك بينة وأمضاه قبل البناء وإن كانت زوجت لغير حاجة، وقد مضى ما في ذلك من الاختلاف في رسم شك في طوافه وإيجابه اليمين عليها إنما هو رجاء أن تقر بالنكاح فإن حلفت سقط عنها النكاح، وإن نكلت عن اليمين لم يلزمها النكاح، وهو قول مالك في المبسوط، ومعناه: إذا كانت قد بلغت. وقد قيل إنه لا يمين عليها لأنها إن نكلت عن اليمين لم يلزمها النكاح، حكى ابن حبيب القولين جميعاً، وفي رواية يحيى أنها إن نكلت لزمها النكاح يريد بعد يمين الزوج إن كان حقق الدعوى عليها إذا كان ثم سبب يدل على علمها من كون الصنيع في دارها وما أشبه ذلك، وأما إيجابه اليمين على الأخ فلا وجه له في هذه المسألة لأنه مُقِرٌّ بالتزويج، وإنما يدعي أنه لم يعلم أخته، وإنما يتصور أن يحلفا جميعاً على القول في إيجاب اليمين في النكاح إذا أنكر هو التزويج وأنكرت هي الرضى، فإن حلفا أو حلف أحدهما سقط النكاح، وإن نكلا لم يلزمهما النكاح لأنهما إنما حلفا رجاء أن يقرا فيثبت النكاح بإقرارهما، وبالله التوفيق.

مسألة

وروى أشهب وابن نافع قالا: سئل مالك عن جارية أنكحها أخوها ثم مات الزوج قبل أن يدخل بها فقال الورثة: أقيموا البينة أنها قد كانت رضيت، قال: تسأل إن كانت رضيت، فإن قالت: نعم، قيل له: أتسأل هي؟ فقال: نعم.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن الورثة مدعون عليها أنها لم ترض فالقول قولها إنها كانت رضيت مع يمينها، فإن نكلت عن اليمين حلف الورثة أنها لم ترض ولم يكن لها ميراث، وهذا إن كانوا حققوا الدعوى عليها أنها لم ترض، وإن كانوا لم يحققوا الدعوى عليها بذلك فقد اختلف في وجوب اليمين عليها وفي وجوب ردها إذا وجبت عليها فنكلت عنها.

ومن كتاب أوله باع غلاماً بعشرين ديناراً

قال: وسئل مالك عن رجل تزوج أمة فولدت منه ثم أعتق سيد الأمة ولدها منه، قال: أرى رضاعة ابنه عليه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأنه إذا أعتقه سقط ملكه عنه ووجب على أبيه أن يسترضع له وينفق عليه، ولو [صح][٥٦] لم يكن له أب لما سقط بعتقه إياه ما كان يلزمه من إرضاعه ونفقته إلى أن يبلغ لأن من أعتق صغيراً ليس له من ينفق عليه فنفقته عليه لأنه يتهم أن يكون إنما أعتقه ليسقط عن نفسه نفقته، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألت مالكاً عن العبد الأسود يكون للرجل مخارجاً في السوق فيريد أن يعفه ولا يريد أن يزوجه خوفاً من أن يحدث حدثاً أو يأبق فيريد أن يهب له الجارية يعفه بها، قال: ليس هذا وجه الهبة لمثل هذا، وإنما هذا أراد أن يحللها له، ولولا ذلك ما وهبها له، وإنما الهبة للعبد التاجر الذي مثله يوهب له، ويكون مثلها لمثله، فأما هذا فليس بهبة إنما هذا على وجه التحليل له، ولا يعجبني هذا، ولا أرى أن يعمل به.

قال محمد بن رشد: وهذا بيّن على ما قال: إنه إذا وهبه الجارية وهو لا يشبه أن يوهب له مثلها فإنما قصد إلى تحليلها له، فلا يجوز لأحد أن يفعله، وقد تكررت المسألة أكمل مما وقعت ها هنا في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب، والحمد لله.

مسألة

وسئل عن رجل تزوج امرأة وأصدقها ثلاثين ديناراً وقد كانت

(٥٦) ساقط من ق ١.

تحته خالتها فهلكت، فقال له أبوها: اشتر لها خادماً من صداقها، فقال: عندي خادم، فقال له: فاشتر لها متاعاً في بيتها، فقال: هذا بيت خالتها ـ يعني المتاع ـ، فدخلت في متاعها ثم هلك، قال مالك: أرى أن يقام ذلك المتاع، فإن كان فيه فضل كان للمرأة لأنه قد رضي أن يعطيها إياه، وإن كان أقل من القيمة اتبعته بما بقي.

قال محمد بن رشد: وهذا على ما قال: لأنه قد تبين بإدخالها على متاع خالتها بعد قوله لأبيها: هذا بيت خالتها جواباً عن سؤاله أن يشتري لها متاعاً بصداقها أنه قد رضي أن يعطيها ذلك المتاع في الثلاثين التي أصدقها، فإن كانت قيمته أكثر من الثلاثين فهو لها، وإن كانت قيمته أقل من الثلاثين كان عليه تمام الثلاثين، وقوله: وإن كان أقل من القيمة يريد وإن كان أقل من الثلاثين، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك: بلغني أن لقمان قال لابنه: يا بني لتكن أول ما تفيد من الدنيا بعد خليل صالح امرأة صالحة.

قال محمد بن رشد: هذه وصية جيدة مفيدة، وحكمة بالغة عظيمة، لأن النساء من أجل ما زين للناس من شهوات الدنيا، قال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ﴾(٥٧) الآية، فالمرأة الصالحة هي للرجل دُنْيَا وَآخِرَةٌ لأنه يستعف بها ويستمتع منها ويؤجر على القيام عليها، والخليل الصالح يحمل خليله على الخير ويحمله(٥٨) على الطاعة ويريد مَرَاشِدَهُ في أموره فمنفعته أعم من منفعة المرأة، إذ من الناس من يستغني عن المرأة ولا يحتاج إليها، ولذلك قدمه عليها.

(٥٧) الآية ١٤ من آل عمران.

(٥٨) في ق ١: (ويعينه) بدل (يحمله).

مسألة

وسئل عن الرجل يقدم من السفر فتتلقاه ابنته أو أخته أتقبله(٥٩)؟ قال: لا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: إنما خفف ذلك لأن المقصد فيه الحنان والرحمة لا ابتغاء اللذة إذ ليستا ممن ينبغي(٦٠) ذلك فيهما، والأحسن أن لا يفعل ذلك مخافة أن يتلذذ بذلك وإن لم يقصد إلى الالتذاذ به، ولا وضوء عليه في ذلك، قاله في أول سماع أشهب من كتاب الوضوء، والله الموفق.

مسألة

وسئل عن الرجل الخير(٦١) يتزوج الأمة ثم إن الرجل من أهله أنف من ذلك فقال له طلقها وأنا أكتب لك عليّ كتاباً بمائة دينار في نكاح امرأة إذا بدا لك أن تتزوجها، فطلقها وكتب عليه كتاباً وأقام نحواً من ثلاثة أعوام لا يتزوج، ثم إن الجارية أعتقت وتزوجت رجلاً فطلقها زوجها فارتجعها الزوج الأول وقد مات الذي ضمن المال أيكون ذلك في ماله؟ فقال مالك: قد تقادم ذلك، فلا أرى له حقاً في ماله، ولا أرى لك أن تدخل في مثل هذا.

قال محمد بن رشد: في قوله قد تقادم ذلك، فلا أرى له حقاً في ماله دليل على أنه لو لم يتقادم لـوجب له ذلك في ماله، وإنما أوجب له ذلك في ماله إذا تزوج بالقرب، ولم ير ذلك هبة تبطل بالموت لأنه أعطاه ذلك على شرط الطلاق، فصار ثمناً للطلاق يجب له بعد الموت، ويحاص الغرماء به في الموت والفلس. وفي العشرة ليحيى بن يحيى أنه لا شيء له في ماله بعد الوفاة،

---

(٥٩) في ق ١: (فتقبله).

(٦٠) في ق ١: (يبتغي).

(٦١) في ق ١: (الحر).

فرآها كالعطية على غير عوض، وعلى هذا اختلفوا في الرجل يعطي امرأته النصرانية داره على أن تسلم فتسلم هل هي ثمن لإسلامها فلا يحتاج فيها إلى حيازة؟ أو عطية تفتقر إلى حيازة؟ وحكى ابن حبيب في ذلك القولين.

ومن هذا المعنى المسألة الواقعة في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات قوله احلف لي أنك لم تشتمني ولك كذا وكذا فيدخل فيه القولان، ورأى ذلك ابن الماجشون جعلا على ما لا منفعة فيه للجاعل فاحتج به لمذهبه في جواز ذلك، والصواب أن له فيه منفعة وهي تطييبُ نفسه من جهته فلا حجة له في ذلك، وكان الأظهر في مسألة الكتاب أن تجب له المائة تقادم الأمر أو لم يتقادم لقوله فيها إذا بدا لك لأن إذا ظرف لما يأتي من الزمان. ولو علق العطية بالتزويج دون الطلاق فقال له إن تزوجت فلك داري الفلانية أو فلك قِبَلي كذا وكذا لكان ذلك أمراً لازماً له في الحياة والموت لا يحتاج فيه إلى حيازة باتفاق إن تزوج بالقرب على هذه الرواية، ولو قال له إن تزوجت فأنا أعطيك كذا وكذا لكانت عدة على سبب يجري على الاختلاف في ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الذي يكون له العبد ويكون بيده المال لسيده فيقول له: اشتر جارية من المال الذي في يديك لنفسك تطؤها، قال مالك: لا يصلح هذا إلا أن يهب له المال قبل ذلك.

قال محمد بن رشد: قال ههنا إلا أن يهب له المال قبل ذلك، وقال في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب إلا أن يسلفه الثمن قبل ذلك، وذلك سواء يحل له وطء الجارية بأي الوجهين كان، لأن الجارية تصير ملكاً له أذا اشترها بماله الذي وهب له سيده أو أسلفه إياه، وأما إذا اشتراها بمال السيد فلا يصلح له وطؤها وإن قال له اشترها لنفسك تطؤها لأن قوله اشترها لنفسك تطؤها بمنزلة قوله اشترها لتكون لك للوطء، فهي باقية على ملكه حتى يهبها له بعد الشراء هبة صحيحة.

مسألة

قال مالك في أمة زوجها سيدها ثم طلقها زوجها فوطئها سيدها في عدة من طلاق أو وفاة، قال: لا أرى لسيدها أن يطأها بعد أن تحل أبداً مثل النكاح.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، إذ لا فرق عندهم في الوطء في العدة بين أن يطأ فيها بنكاح أو بشبهة نكاح أو بملك أو بشبهة ملك فيما يوجب ذلك من التحريم، وإنما اختلفوا في الوطء، بنكاح أو بشبهة نكاح في استبراء من أي وجه كان أو في عدة من غير نكاح كعدة أم الولد يتوفى عنها سيدها أو يعتقها، وبالله التوفيق.

ومن كتاب مساجد القبائل

وسئل مالك عن الأمة يكون نصفها حراً أيزوجها من له فيها الرق بغير رضاها؟ قال لا يزوجها بغير رضاها ولا تتزوج إلا برضاه، لا تزويج لها إلاَّ باجتماع منهما على الرضى، فإن أعتق ما بقي منها كان لها الخيار.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة لا اختلاف أعلمه في أن المعتق بعضها ليس للذي فيها الرق أن يجبرها على النكاح ولا في أنها إذا عتق ما بقي منها وهي تحت عبد أن لها الخيار، لأن العلة عند مالك في تخيير الأمة إذا عتقت كون زوجها ناقصاً عن مرتبتها، ولذلك لا تخير عنده إذا عتقت تحت حر، ويأتي على قول أهل العراق والذين يقولون إنها تخير إذا أعتقت كان زوجها حراً أو عبداً أو يرون العلة في تخييرها ما كان لسيدها قبل أن تعتق من جبرها على النكاح أن لا يكون لها خيار إذا أعتق ما بقي منها كانت تحت حر أو عبد إذ لم يكن لسيدها أن يجبرها على النكاح من أجل أن بعضها حر وهو بعيد.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يتزوج المرأة وتشترط عليه عند نكاحه إياها أن كل امرأة ينكحها عليها طالق البتة، فإن لم يطلق فأمر امرأته التي عنده بيدها، قال: أرى ذلك له، فقيل له فإنه قيل له إنك قد قلت هي طالق البتة ولا ينفعك الذي قلت، وإن لم تطلق فأمرها بيدها، قال أرى ذلك له، لأنه إنما تزوج على ذلك، فقيل له كأنك إنما رأيت أنه عقد الأول بالآخر، فقال نعم، أرى ذلك بيدها إن شاءت أقامت وإن شاءت اختارت نفسها.

قال محمد بن رشد: تكررت هذه المسألة في رسم إن خرجت من سماع عيسى، وقول مالك فيها إن قوله فإن لم يطلق فأمر امرأته التي عنده بيدها ينفعه ويكون له صحيح. وما قيل له من أنه قيل للحالف إن ذلك لا ينفعه بعد أن قال إنها طالق البتة لا يصح بوجه من الوجوه، إذ لا يلزمه باللفظ طلاق لأنه مقيد بالتزويج، فلما كان لا يلزمه باللفظ طلاق لم يصح أن يعد قوله بعد ذلك فإن لم يطلق فأمر امرأته بيدها ندماً منه، وكان أول كلامه مرتبطاً بآخره باتفاق، فلا يدخل في هذه المسألة من الاختلاف ما يدخل في المسائل التي يتهم الرجل فيها بالندم إرادة أن يسقط عن نفسه ما قد لزمه بالقول، من ذلك قول الرجل لامرأته أنت طالق البتة إن أذنت لك أمك على ما وقع في رسم كتب عليه من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق، وقوله لفلان علي كذا وكذا، وعلى فلان وفلان وما أشبه ذلك من المسائل، وهي أكثر من أن تحصى عدداً.

مسألة

وسئل مالك عن أقوام تضرب عليهم البعوث إلى إفريقية وما خلف ذلك والأندلس فيترك بعضهم ولداً صغاراً أو تكون له بنت صغيرة فتكبر وهي بكر فتخطب ويرفع ذلك إلى السلطان أترى

للسلطان أن يزوجها؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: مغيب الرجل عن ابنته البكر ينقسم على ثلاثة أقسام: أحدها أن تكون غيبته قريبة، والثاني أن تكون غيبته بعيدة منقطعة، والثالث أن يكون أسيراً أو فقيراً، فأما إذا كانت غيبته قريبة لعشرة أيام وما أشبه ذلك فلا اختلاف في أنها لا تزوج في مغيبه، فإن زوجت في مغيبه فسخ النكاح، زوجها الولي أو السلطان، قاله ابن حبيب في **الواضحة**، وأما إذا كانت غيبته بعيدة منقطعة مثل إفريقية أو طنجة أو الأندلس من مصر وما أشبه ذلك فاختلف في ذلك على أربعة أقوال: أحدها أن الإمام يزوجها إذا دعيت إلى ذلك وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذي هو به، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية وفي **المدونة**، وقد تؤول على ما في **المدونة** من قوله فيها وأما من خرج تاجراً وليس يريد المقام بتلك البلاد فلا يهجم السلطان على ابنته انها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد وهو القول الثاني، والقول الثالث أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد ويطول مقامه فيه العشرين سنة والثلاثين حتى يؤيس من رجعته، وهو قول ابن حبيب في **الواضحة**، والرابع أنها لا تزوج أبداً وإن طال مقامه وهو ظاهر قول مالك في **كتاب ابن المواز** وقول ابن وهب في رسم الأقضية من سماع يحيى لأنه قال فيه وإن كان الأب يجري لها النفقة ولا يزال يتفقدها بما يصلحها حتى يؤمن عليها الضيعة فلا يجوز للإمام ولا غيره أن يفتات على أبيها بإنكاحها، والاختلاف بينهم إذا قطع الأب عنها النفقة في مغيبه هذا وخشيت عليها الضيعة في أنها تزوج وإن كان ذلك قبل البلوغ، وانما اختلفوا هل يزوجها ها هنا الولي دون السلطان أم لا؟ فالمشهور أنه لا يزوجها إلا السلطان لأنه حكم على غائب برضاها، وقال ابن وهب في سماع يحيى ومثله في كتاب ابن المواز الولي يزوجها برضاها، والوجه في ذلك أن ولايته قد سقطت عنها بتضييعه لها ومغيبه عنها، فكان كالميت، فالقول بأن الإمام يزوجها في بعد غيبة أبيها وإن كانت نفقته جارية عليها، جَارٍ على القول بأنه ليس له أن يعضلها عن النكاح، فإن زوجها الولي مضى النكاح ولم يفسخ، والقول بأنها لا تزوج في بعد غيبته عنها

إذا كانت نفقته جارية عليها جار على القول بأن له أن يفصلها عن النكاح، وإلى هذا ينحو قول ابن حبيب، وأما الاعتبار بالاستيطان فلا وجه له، وأما إذا كان أسيراً أو فقيراً فلا اختلاف في أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك وإن كانت في نفقته وأمنت عليها الضيعة، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل ينكح فيلزمه أهل المرأة بهدية العرس، وذلك عندنا الذي يعمل به الناس حتى إنه ليكون في ذلك الخصومة، أترى أن يقضى به؟ قال إذا كان قد عرف من شأنهم وهو عملهم لم أر أن يطرح ذلك عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان لأني أراه أمراً قد جروا عليه، قال ابن القاسم في كتاب عيسى: وقد قال مالك قبل ذلك لا أرى أن يقضى به، وهو أحب قوله إليّ، قال ابن القاسم: ومما يبين ذلك أنه لو مات أو ماتت أكان لها فيه شيء؟ فهذا يدلك أنه لا يقضى به، كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم أو لم يكن.

قال محمد بن رشد: قال ها هنا هدية العرس، وقال في رسم لم يدرك من سماع عيسى نفقة العرس، وذلك سواء، لأن مراده بنفقة العرس هدية العرس، وهو ما جرى العرف بأن الأزواج يهدونه عند الأعراس، وقد كان بعض الشيوخ يذهب إلى أن المراد بهدية العرس الذي اختلف قول مالك في وجوب القضاء بها على الزوج وليمة العرس، ويتعلق بقوله في سماع عيسى نفقة العرس، وذلك غير صحيح، لأن الوليمة على مذهب مالك وأصحابه وجماعة أهل العلم سواء أهل الظاهر مرغب فيها ومندوب إليها لقول النبي عليه السلام لعبد الرحمن بن عوف: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ»(٦٢) فذلك واجب على الزوج وجوب السنن لا يقضى بها عليه ولا حق فيها للزوجة، ومما يدل على أن المراد

(٦٢) هو في الصحيحين وعند أبي داوود وابن ماجه وفي الموطأ ومسند أحمد.

بذلك الهدية التي تهدى إلى الزوجة لا الوليمة التي يصنعها الزوج للناس وإن كان كذلك أبين من أن يحتاج إلى الاستدلال عليه. قوله في الرواية لم أر أن يطرح ذلك عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان، ولا يجوز أن يتقدم السلطان في الوليمة فيكون قد نهى عما أمر رسول الله به ﷺ وقال فيه إنه حق، فقد روي عنه ﷺ أنه قال في الوليمة: «ٱلْيَوْمُ ٱلأَوَّلُ حَقٌّ والثَّانِي مَعْرُوفٌ والثَّالِثُ سُمْعَةٌ»(٦٣) وتقدمه في هدية العرس هو أن يعهد إلى الناس أنه لا هدية لمن تزوجت على زوجها إلا أن تشترطها عليه، وقد كان القياس على القول بوجوب القضاء بها إذا حكم للعرف بحكم الشرط أن يكون حكمها حكم الصداق فيجب عليه نصفها بالطلاق وجميعها بالدخول أو الموت، فإن مات أخذ ذلك من ماله، وإن ماتت هي وجب ذلك لورثتها، ألا أن مالكاً لم يحكم لها بحكم الصداق ولا حكم لها بحكم الهبة إذْ أبطلها بالطلاق أو بموت من مات منهما على ما قاله في سماع عيسى وعلى ما احتج به ابن القاسم ها هنا لتضعيف القضاء بها، ووجه ما ذهب إليه مالك أنه حكم بها بحكم الصلة التي يراد بها عين الموصول، فعلى هذا يأتي جوابه في وجوب القضاء بها، وأما ابن حبيب فحكم لها بحكم الصداق فقال إنه يقضى بها ويرجع إن طلق بنصفها إلا أن تفوت فلا يكون له شيء، يريد فاتت بتلف أو إنفاق أو استمتاع على أهله فيما استمتعت به المرأة من الصداق قبل الطلاق إذا طلق قبل البناء، وقد ذكرنا ذلك عنه في آخر رسم شك قال: وأما هدية الإملاك فلا يقضى بها ولا يكون له منها شيء في الطلاق وإن أدركها قائمة، ولا فرق بينهما إلا من جهة العرف، فلو انتقل العرف لانتقل الحكم بانتقاله وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مرض وله ام ولد فحاضت

قال مالك: الأمر عندنا أنه يبتاع للنساء اللاتي يتزوجن الرجال الإماء، ولا يشترى لهن العبيد وأنه ليس في قيمة الرقيق هكذا سنة مضت إلا ما جرى عليه عمل الناس على نحو ما وصفت لك.

---

(٦٣) هو عند ابن ماجه وأبي داوود والترمذي وفي مسند أحمد.

قال محمد بن رشد: يريد إذا وقع النكاح على كذا وكذا رأساً من الرقيق ولم يذكر ذكور ولا إناث فيشترى لها الإناث لأنه العرف، وقوله ليس في قيمة الرقيق سنة مضت يريد ليس في ذلك عرف يرجع إليه فيكون لها الوسط من رقيق البلد إن حمران فحمران، وإن سودان فسودان، على ما مضى في أول رسم من هذا السماع. ولو سمي في ذلك ثمن لم يلتفت إلى الوسط من ذلك وكانت المرأة بالخيار إن شاءت أخذته بالأرؤس على تلك التسمية، وإن شاءت أخذته بالتسمية من الثمن وتركت الرأس أو الأرؤس إلا أن يحضر بالأرؤس على التسمية قبل أن يختار التسمية فلا يكون لها أن تختار التسمية وتدعها لأنه كمن وكل رجلاً على شراء شيء فاشتراه فليس لمن وكله أن يأبى من قبول ذلك منه وما لم يشتره فله أن يأباه ويرجع إلى رأس ماله فيأخذه منه، وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف التسمية من الثمن ولا يجبر الزوج على أن يأتي برأس تلك التسمية فيكون بينهما، قاله ابن حبيب في الواضحة وعزاه إلى مالك وأصحابه، قال ولم أعلمهم اختلفوا فيه إلا ما كان من أصبغ في المرأة الدنية يسمى لها في الثياب ثمن رفيع.

ومن كتاب أوله نذر سنة يصومها

وسئل مالك عن المرأة المحتاجة تصدق الصداق أترى أن تأكل منه بالمعروف؟ قال نعم.

قال محمد بن رشد: أباح لها أن تأكل من صداقها بالمعروف، والمعروف هو قدر ما يكفيها بدليل قول رسول الله ﷺ لهند: «خُذِي يَا هِنْد مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِٱلْمَعْرُوفِ»(٦٤) وإنما أباح ذلك لها وإن كان من مذهبه أن عليها أن تتجهز إلى زوجها بصداقها من أجل حاجتها إلى ذلك مراعاة لقول من يقول هو مالها وليس عليها أن تتجهز بشيء منه إلى زوجها ولا حق له فيه ولو طلقها قبل البناء وقد استنفد الانفاق جميع ما كان أصدقها لوجب أن يتبعها

(٦٤) هو عند البخاري والنسائي وابن ماجه.

بنصفه على القول بأن النفقة لا تجب عليه إلا بالدخول، وقد مضى هذا المعنى في رسم شك في طوافه قبل هذا فقف عليه، وبالله التوفيق.

مَسْألة

وسئل مالك عن عبد أبق عن سيده فتزوج حرة ببلد وأقام معها نحواً من عشرين ليلة ثم قال لها إني عبد ولا أحب أن تخبري أحداً فأقامت معه ولم تقض شيئاً ثم إن سيده ظهر عليه فبعث إليه فأخذه وعلم بامرأته فأقره ثم إنه باعه من رجل فأقره على نكاحه، فلما قدم على امرأته وعلم أبوها فقال لها إن لك الخيار فقالت: اشهدوا أني قد طلقت نفسي. فقال لها الزوج: ليس ذلك لك، وقد كنت علمت ذلك، فقيل لها: أعلمت ذلك؟ فأقرت بعدما طلقت نفسها فقال: أرى له أن يطلقها، هذه قد طلقت نفسها، والذي أقرت به من أنها علمت به في السر ولا أدري ما هو؟ وقد طلقت نفسها كأنه ضعفها عندي من وجه أنه لا بينة فيه، ثم قال هذا أمر قد كان أوله على غير صواب.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة انها لا تصدق بعد أن أشهدت بطلاقها نفسها فيما أقرت به من أنه قد كانت علمت قبل طلاقها نفسها أنه عبد فرضيت المقام معه إذ لا بينة على ذلك فتتهم على أنها أرادت البقاء مع زوجها بعد أن طلقت نفسها وهي في باطن الأمر زوجته باقية في عصمته إن كانت أقرت بحق، إذ ليس لها أن تطلق نفسها بعد الرضى بالمقام معه على أنه عبد، واستحب للزوج أن يطلقها إن كان يعلم أنها صادقة فيما أقرت به لتكون في سعة من نكاح غيره إن شاءت، إذ لا يجوز لها أن تتزوج سواه لأنها زوجته على ما أقرت به، إذ لا يباح له البقاء معها بما ظهر من طلاقها نفسها ولا تزويجها أيضاً قبل زوج إن كانت فارقته بثلاث، فطلاقه إياها إن كانت طلقت نفسها ثلاثاً أو واحدة فلم ترد أن ترجع إليه وأرادت أن

تتزوج سواه لا يضره وينفعها، فهذا وجه استحباب مالك ذلك له، وقوله هذا أمر قد كان أوله على غير صواب لا حكم له إذ قد جاز النكاح ووجب امضاؤه بإقرار سيده إياه.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط في نقدها الجارية بخمسين ديناراً أو السرير بكذا وكذا والفرش بمثل ذلك ثم يعطيهم في ذلك صفة هي أدنى مما سمى لهم من الخمسين والتسمية في الفرش والأسرة أترى ذلك له؟ قال أرى أن تلزمه تسمية ما سمى، فقلت له: فإن ذلك إنما يفعلونه إرادة السمعةويعطون أدنى من ذلك. قال هذا أمر لا أعرفه ببلدنا، وأرى أن تلزمه التسمية، قلت: ماذا ترى في مثل هذا إذا كان أمراً ينكحون عليه؟ قال كنت أرى للإمام أن يتقدم في ذلك وفي الصداق الذي ينكح به أهل مصره.

• قال محمد بن رشد: ألزمه تسمية ما سمى من الأثمان في الثياب إذ لم يصح عنده العرف الذي ذكر له في ذلك فقال: هذا أمر لا أعرفه ببلدنا، ولو صح عنده العرف لحكم به لأن الحكم به أصل عنده، ولوجب إذا سمى في ذلك من الأثمان ما لا يشبه حال المرأة مثل أن تكون المرأة الدنية فيسمى لها رداء كتان بعشرين ديناراً أو درع خز بثلاثين ديناراً أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد به إلا التسمية[٦٥] فتعطى وسطاً مما يشبهها ولا تعطى بالتسمية، وقد حكى ذلك ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ، وهو تفسير للمذهب، والله أعلم.

مسألة

وسئل مالك عن رجل ضعيف العقل تزوج فأراد وليه تغيير

---

(٦٥) في ق ١: (السمعة).

ذلك، قال إن كان مولى عليه لم أره نكاحاً جائزاً، وإن كان على غير ذلك فهو جائز.

قال محمد بن رشد: هذا على المشهور المعلوم من مذهب مالك أن أفعال السفيه جائزة حتى يضرب على يده خلاف المشهور من مذهب ابن القاسم في مراعاة الحال دون الولاية، وقد روي عن ابن القاسم مراعاة الولاية مثل المشهور من مذهب مالك، وعن مالك مراعاة الحال دون الولاية مثل المشهور من مذهب ابن القاسم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله المحرم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل مالك عن الرجل يخطب الأمة فيقول له سيدها أنا أزوجكها، فقال إني أخاف أن أصيبها بشيء فيكون عليَّ، قال أنا أزوجكها على أن لا شيء عليك مما أصبتها به، قال أراه غير جائز، وقال عيسى يفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعد البناء.

قال محمد بن رشد: يريد ويكون فيه صداق المثل لا المسمى، وقد اختلف في هذا النوع من الأنكحة الفاسدة على ما ذكرنا في آخر رسم من قبل هذا فقف على ذلك.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها ألا يتسرر عليها والذي يشترط الرجل والمرأة لا يرون إلا أن التسرر هو الحمل فيتزوج على ذلك فيريد أن يطأ جاريته أذلك له؟ قال أرأيت الذي طلق البتة وهو يرى أنها واحدة أينفعه؟ فقلت أهو مثل ذلك؟ قال نعم، لا أرى أن ينفعه ما جهل من ذلك، وأرى ذلك يلزمه، قال سحنون: لا يعجبني ما قال، ولا بأس أن يطأ جارية إن كانت عنده ولا يلزمه إذا كان ذلك عندهما هكذا، قال سحنون: وهو قول مالك.

قال محمد بن رشد: الاختلاف في هذه المسألة على اختلافهم في اليمين إذا عريت من النية هل يحمل على اللفظ أو على ما يعلم من قصد الحالف على ما قد مضى القول فيه في غير ما موضع من كتاب النذور ويأتي في كتاب الأيمان بالطلاق. والأظهر الأشهر حمل اليمين على ما يعلم من قصد الحالف، فقول سحنون في هذه المسألة وما حكاه عن مالك هو أظهر القولين، وفي تنظير هذه المسألة بالطلاق بعد، لأن للفظ الطلاق حكماً يؤخذ به المطلق ولا يصدق في أنه جهل ذلك ولم يرد به الطلاق، وهو معنى قوله أينفعه ذلك، يريد أنه لا يصدق فيه إذا ادّعاه ولم يأت مستفتياً. وقد قيل إن من لفظ بالطلاق لزمه الطلاق وإن لم يرد به الطلاق، ولا اختلاف بينهم في أن للحالف ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى، ولو نوى الذي شرط لامرأته أن لا يتسرر عليها بلفظة التسرر التي لفظ بها الحمل دون الوطء لكانت له نيته فيما بينه وبين الله تعالى قولاً واحداً، والله أعلم، ومعنى المسألة أن الشرط كان بتمليك، ولذلك حصل الاختلاف فيها على الوجه الذي ذكرته، وأما لو كان بطلاق أو عتق لصح تنظيرها بالطلاق ولما وسع فيها الاختلاف، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها أن كل امرأة يتزوجها عليها أو يتسرر عليها إلا برضاها فأمرها بيدها، فأذنت له أن يتزوج عليها أو يتسرر وأنه من ذلك في سعة قال: ما يعجبني ذلك إلا أن يكون ذلك عندما يريد أن يفعل في كل ما يريد، فقيل له: إنها قد وسعت عليه، قال: لا يعجبني إلا عندما يريد أن يفعل، قال ابن القاسم وسمعته غير سنة ثبت على هذا القول.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة والاختلاف فيها في أول رسم من هذا السماع، فلا معنى لإعادته هنا، وبالله التوفيق

مسألة

وسئل عن الرجل ينكح المرأة ويصدقها صداقاً ويشترط في صداقها إن لم يأت به إلى أجل فأمرها بيدها، فإن هذا نكاح ليس بحسن، وأراه مفسوخاً، فقيل له: أينفسخ الشرط ويثبت النكاح؟ فقال: لا ولكن يفسخ النكاح، أشهب يقول يفسخ الشرط ويثبت النكاح، وسحنون يقول النكاح جائز دخل أو لم يدخل، وهو قول المدنيين والتونسيين.

قال محمد بن رشد: قوله ولكن يفسخ النكاح يريد قبل الدخول ويثبت بعده كذلك قال ابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى ورواه عن مالك في كتاب ابن المواز، وإذا ثبت بعد الدخول بطل الشرط وكان فيه الصداق المسمى،وقول أشهب يفسخ الشرط ويثبت النكاح يريد قبل النكاح وبعده بالصداق المسمى، وقول سحنون النكاح جائز دخل أو لم يدخل يريد والشرط لازم، ومثله روى أشهب عن مالك، وقد روى مثله عن ابن القاسم وأشهب، وهو أظهر الثلاثة الأقوال لأنه تمليك انعقد عليه النكاح قد لا تطلق المرأة نفسها إن لم يأت بالصداق فلا يشبه ذلك الخيار في النكاح بقوله إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا وكذا فلا نكاح بينهما، وإنما يشبهه لو قال: إن لم يأت بصداقها إلى أجل كذا وكذا فهي طالق، وليس ذلك بشبه بيّن، وإنما كرهه من كرهه مخافة الذريعة إلى ذلك، فكأن المرأة قالت له لا أتزوجك إلا على أنك إن لم تأتني بصداقي إلى أجل كذا وكذا فلا نكاح بيني وبينك، فلما قيل لها إن ذلك لا يجوز قال فأنا أتزوجك على أني إن لم آت بصداقك إلى ذلك الأجل فأمرك بيدك، أو فأنت طالق، فمن قويت الكراهة في ذلك عنده فسخ النكاح قبل الدخول، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك ولم يفسخه بعد الدخول، ومن ضعفت عنده الكراهة في ذلك أجاز العقد وأبطل الشرط وهو قول أشهب.

مَسـألة

وسئل مالك عن امرأة تزوجها رجل فأسكنها مع أبيه وأمه فشكت الضرر في ذلك فقال: ذلك له أن يسكنها معهم، فقيل له فإنه يقول إن أبي أعمى، ولا أغلق دوني ودونه باباً، قال ينظر في ذلك فإن ريء ضرر كأنه يقول إن ريء ضرر أن يحولها عن حالها.

قال محمد بن رشد: وكذلك ليس له أن يسكن معها أولاداً له من امرأة أخرى في بيت واحد ولا في دار واحدة إلا أن ترضى بذلك قاله في سماع سحنون من كتاب طلاق السنة، وذلك لما عليها في ذلك من الضرر لاطلاعهم على أمرها وما تريد أن تستر به عنهم من شأنها، وأمر الأعمى أخف في ذلك إذ لا يبصر شيئاً من أمورها، وقد قال رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «اعْتَدّي عِنْدَ ٱبْنِ أُمِّ مَكْتُوم فَإِنَّهُ رجُلٌ أَعْمَى تَضَعِينَ ثِيابَك»[٦٦] فأوقف مالك رحمه الله أمر الأعمى على النظر وحمله على غير الضرر حتى تثبت المرأة أنه يضرّ بها لأن قوله: فإن ريء ضرر معناه فإن ظهر ذلك وثبت وعلم، والله أعلم. وقال ابن الماجشون في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة فتقول إن أهلك يؤذونني فأخرجهم عني أو أخرج عنهم رب امرأة لا يكون ذلك لها يكون صداقها قليلاً وتكون وضيعة القدر، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة، فأما ذات القدر واليسار فلا بد له أن يعزلها وإن حلف ألا يعزلها حمل على الحق أبرّه ذلك أو أحنثه، وليس قول ابن الماجشون عندي بخلاف لمذهب مالك، فمن لا يشبه حالها من النساء أن يسكنها زوجها في دار على حدة وله أن يسكنها في دار جملة فليس لها على زوجها أن يخرج أبويه عنها إلا أن يثبت إضرارهما بها، وستأتي في رسم الطلاق من سماع أشهب من هذا المعنى، والله الموفق.

---

(٦٦) هو في الطلاق عند مسلم وفي النكاح عند النسائي.

مسألة

ومن كتاب أوله من كان منزله دون الميقات

قال مالك في الرجل ينكح بعد رمي الحجارة قبل أن يفيض يفسخ نكاحه بغير طلاق ويكون خاطباً من الخطاب.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن العلة في أن المحرم لا يجوز له النكاح هي أنه لا يحل له النساء، ولا يحل له النساء وإن رمى الجمرة وحل من بعض إحرامه حتى يطوف طواف الإفاضة لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خطبته بعرفة إذا جئتم مِنىً فمن رمى الجمرة فقد حل له ما حرم الله عليه إلا النساء والطيب لا يمسن أحد نساء ولا طيباً حتى يطوف بالبيت، قال ابن المواز وكذلك لو نسي من طواف الإفاضة شوطاً واحداً فرجع إلى بلاده فنكح فإن نكاحه يفسخ ويرجع حراماً حتى يتم طوافه ويحل، ولو تزوج بعد كمال الطواف وقبل الركعتين فإن كان قريباً بحيث يجب عليه أن يرجع فيتبدىء طوافه فسخ النكاح، وإن كان قد تباعد جاز ولم يفسخ، ولو تزوج بالقرب فلم يعلم بذلك حتى بعد جرى ذلك على الاختلاف في المريض يتزوج فلا يعلم بذلك حتى يصح، ولا يدخل هذا الاختلاف في المحرم يتزوج فلا يعلم بذلك حتى يحل من إحرامه، وقد حكى الفرق بين الموضعين أبو إسحاق. وأما قوله إنه يفسخ بغير طلاق فقد مضى القول فيه في رسم الشريكين، والله الموفق.

تم كتاب النكاح الأول بحمد الله تعالى

كتاب النكاح الثاني

من سماع أشهب وابن نافع من مالك رواية سحنون من كتاب الأقضية

قال سحنون: قال أشهب وابن نافع: سئل مالك عن العبد يتزوج الحرة فتعتق وتتصدق بغير إذنه ولا مؤامرته بأكثر من الثلث، قال: ما أرى ذلك لها، وهو زوج بمنزلة الحر، وله حق، ولعله أن يكون زاد لها في المهر لما لها، رجاء أن يتجمل به وأن تعينه في النفقة، ولعله سيعتق يوماً من الدهر، قيل: أرأيت إن كان له منها ولد أترى له الكلام في ذلك بأن يقول: تتركين ولدي لا مال له؟ أم لا يكون له إذا لم يكن له ولد؟ فقال: ذلك سواء إذا كان له منها أو لا ولد له منها، أرأيت الحر يكون له الولد أو لا ولد له أليس سواء في ذلك؟ فالعبد مثله.

قال محمد بن رشد: مثل هذا لابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب الهبات، وقد احتج مالك للمساواة بين الحر والعبد في هذا بمعان ظاهرة بينة ويُؤيدها قول النبي ﷺ: «لاَ يَجُوزُ لامْرَأَةٍ قَضَاءٌ فِي ذِي بَالٍ مِنْ مَالِهَا إلاَّ بِإِذْنِ زَوْجِها»[1]، فعم ولم يخص حراً من عبد، فوجب أن يحمل الحديث على

(١) هو في سنن النسائي ومسند ابن حنبل.

ظاهره من العموم لا سِيَّما إذا دلت المعاني على ذلك، ولولي المولى عليه أن يمنع زوجته من أن تعطي أكثر من ثلث مالها، قاله ابن المواز، وقد روى أصبغ عن ابن وهب في سماعه من كتاب المديان والتفليس أن العبد ليس له أن يحجر على امرأته في شيء من مالها بخلاف الحر، وقال: والله ما اجتمع الناس في الحر رأساً فكيف العبد؟ وقول مالك أولى، وحجته أقوى.

مسألة

وسئل عن المرأة تتزوج الرجل بعبد بعينه فيموت في يده قبل أن تقبضه المرأة، قال: ضمانه منها إذا كانت العهدة قد مضت، وكذلك الذي يشتري العبد ثم يموت في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري فضمانه من المشتري إن كانت العهدة قد مضت، ولو نما العبد كان لها فكذلك إذا مات يكون عليها، قيل له: أرأيت أنه لو دفع إليها العبد فمات عندها ثم طلقها من قبل أن يمسها أيرجع عليها بنصف قيمة العبد يوم دفعه إليها؟ قال: أحر بذلك ، قال أشهب: لا ترجع بشيء إذا مات، قال ابن نافع مثله، وهو قول مالك.

قال محمد بن رشد: رأى مالك في رواية أشهب هذه في العبد المنكح به العهدة خلاف قول ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب العيوب، وظاهره في كتاب الزكاة الأول والنكاح الثاني من المدونة، وجه القول الأول القياس على البيوع بأن يجعل الصداق ثمناً للبضع، ووجه القول الثاني أن النكاح طريقه المكارمة لا المكايسة وأن الصداق ليس بثمن للبضع على الحقيقة، وإنما هو نحلة من الله أوجبه للزوجات على أزواجهن لا عن عوض، لأن المباضعة بينهما واحدة فهي تستمع به كما يستمتع بها، وأما قوله: إن ضمانه من المرأة وإن مات بيد الزوج قبل أن تقبضه فالمعنى في ذلك أن له أن يدخل بها وتكون مصيبة منها، وهذا ما لا أعلم فيه اختلافاً في المذهب،

فهو يقضي بصحة قول من قال: إن لها جميع الغلة من يوم تزوجها طلقها أو لم يطلقها، ويكون الزوج إن طلقها مستحقاً لنصف الصداق يوم طلقها بالطلاق فلا يكون له من غلة ما مضى شيء خلاف ما ذهب إليه ابن القاسم من أن الغلة بينهما نصفين من أجل أنه لو مات ثم طلقها كانت المصيبة منها، ورأى مالك في هذه الرواية للزوج على المرأة إن طلقها وقد مات العبد في يديها نصف قيمته فقال: أحر بذلك، وكذلك يلزم على طرد قوله: وإن مات بيده قبل أن تقبضه وإن كان ذلك لا يوجد(٢) لهم، ويأتي ذلك أيضاً على القول بأن المرأة يجب لها جميع الصداق المسمى بالعقد ويسقط نصفه بالطلاق وجميعه بالارتداد، ويأتي مذهب ابن القاسم في أن الغلة بينهما على قياس قول من يقول: إن المرأة لا يجب لها بالعقد من التسمية إلا نصفها ولا تستحق النصف الثاني إلا بالدخول أو الموت، وفي كلا القولين نظر، إذ لو وجبت لها التسمية بالعقد لما سقطت بالارتداد كما لا تسقط به بعد الدخول، ولو لم يجب لها بعد العقد إلا نصفها لما وجب لها النصف بموتها لأن الموت لا يوجب للميت حقاً لم يكن واجباً له قبل، والذي يصح أن يعبر(٣) به في ذلك أن يقال: إن التسمية تجب لها بالعقد وجوباً غير مستقر، ويستقر لها نصفها بالطلاق وجميعها بالموت أو الدخول، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن امرأة تزوجت أزواجاً ولها بالمدينة أولاد فأراد أبوها الارتحال بها معه وأبت ذلك، وقالت: لا أفارق ولدي، فقال: ليس ذلك له أن يخرج بها.

قال **محمد بن رشد**: وهذا كما قال: لأنها مالكة لأمر بنفسها فلا حق له عليها في الخروج بها، ولو كانت سفيهة غير مالكة لأمر نفسها لكان له

---

(٢) في ق ١: (يؤخر).

(٣) كذا بالأصل وفي ق ١: (يعتبر).

الارتحال معها على معنى ما وقع في سماع أشهب من كتاب المديان والتفليس، وبالله تعالى التوفيق لا رب غيره.

ومن كتاب الأقضية الثاني

وسئل مالك عمن توفي وترك ابنته مع أمها فتزوجت أمها فأخذتها أم أمها وللجارية عمة أخت أبيها فحالوا بينها وبين رسول عمتها فقال: ليس لهم أن يمنعوا رسولها يأتي فيسلم ويعود، وليس لهم أن يمنعوها أن تأتي عمتها فتسلم عليها في الفرط.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن منعها من عمتها ومنع رسول عمتها منها قطع لما أمر الله به من صلة الأرحام، قال عز وجل: ﴿ وَاتَّقُوا اللهَ الَّذِي تَسَّاءَلُونَ بِهِ والأَرْحَامَ ﴾[٤] أي الأرحام أن تقطعوها، وكان رسول الله ﷺ يقول: «اتَّقُوا اللهَ وصِلُوا الأَرْحَامَ فإنَّهُ أمنى لَكُمْ فِي الدُّنْيَا وَخَيْرٌ لَكُمْ فِي الآخِرَةِ»[٥]، وقد أثنى الله عز وجل على من انتهى إلى ما أمر به من صلتها فقال: ﴿ وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللهُ ﴾ الآية[٦]، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل يكون له بيت لنفسه وله نساء تأتيه كل واحدة منهن يومها في ذلك البيت ولا يأتيهن في بيوتهن، فقال مالك: ما أرى ذلك إنْ أَبَيْنَ أَنْ يُطَاوِعْنَهُ، وإن كان ذلك نصفة بينهن، رسول الله ﷺ كان يأتي أزواجه في بيوتهن.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: لأنه واجب أن يقتدى بالنبي ﷺ

(٤) الآية ١ من النساء.

(٥) لم أقف عليه.

(٦) الآية ٢١ من الرعد.

في أفعاله كما يجب أن ينتهى إلى أقواله، قال عز وجل: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الأُمِّيَّ﴾(٧)، وقال: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللهِ إِسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾(٨)، فيقضى على الرجل أن يسكن كل واحدة من زوجاته في بيت، ويقضى عليه أن يدور عليهن في بيوتهن لا يأتينه إلا أن يرضين، قال ذلك محمد بن عبد الحكم، وهو صحيح على مذهب مالك، وقد روي عن مالك فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن وطئتك إلا أن تأتيني إنه مُولٍ إذ ليس عليها أن تأتيه.

مسألة

وسئل عن امرأة لها بنت قد تزوجت ابنتها فأرادت أمها الخروج بها تتبدى وتصلح منها وزوجها بذلك راض ولم يدخل بها بعد، فقالت: فمنعني منها ابن عمها، قال مالك: وكم بين منزلك وبين الموضع الذي تريد أن تتبدي إليه؟ فقالت: ميلان، فقال: ما أرى بذلك بأساً أن يخرج بها إلى المكان القريب وزوجها راض.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على ما في المدونة من أن الأم ليس لها أن تنقل بنيها الذين تحضنهم عن الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم إلا إلى الموضع القريب البريد ونحوه حيث يبلغ الأب أو الأولياء خبرهم، فإذا رضي الزوج بإخراجها إياها إلى المكان القريب لم يكن لوليها في ذلك كلام، وقد روي عن مالك أن لها أن تخرج بهم إلى مسافة المرحلة، ثم رجع فقال: لا أرى لها أن تضر بأوليائهم.

مسألة

وسئل قال لمالك رجل: إني كنت آكل من مال امرأتي وهي

(٧) الآية ١٥٧ من الأعراف.

(٨) الآية ٢١ من الأحزاب.

تنظر لا تغير ذلك عليّ ولا أستأذنها فيه، فأقامت سنين ثم قالت: أعطني ما أكلت من مالي ودخلتها غيرة، أترى ذلك عليّ؟ قال: نعم أعطها أو استطب نفسها.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على قياس قوله في المدونة في كتاب النكاح الثاني في التي أنفقت على زوجها ثم طلبته بما أنفقت عليه أن ذلك لها إلا أن يرى أنه كان منها له على وجه الصلة لأنه إذا كان لها أن تتبعه بما أنفقت عليه هي من مالها، فأحرى أن يكون لها أن تتبعه بما أنفقه هو على نفسه من مالها وهي تنظر ولا تغير، وهو أصل قد اختلف فيه، إذ لا فرق بين أن يأكل مالها وهي تنظر فلا تغيره ولا تنكر، أو يسكن معها في دارها ثم تطلبه بالكراء، وقد اختلف قول ابن القاسم في هذا في المدونة. وإذا وجب لها الرجوع عليه بذلك فبعد يمينها أنها إنما سكتت على أن تطلب بحقها في ذلك، ومن هذا المعنى هبة أحد الزوجين صاحبه إذا ادعى أنه أراد بها الثواب، وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا ثواب له إلا أن يرى أنه أراد بذلك الثواب، وهو قول مالك في المدونة، والثاني: أنه لا ثواب له إلا أن يشترطه، وهو ظاهر قول ربيعة فيها، وقول مالك الذي يتلوه لقول سحنون وقال مالك والليث مثله، والثالث: أن له الثواب وإن لم يظهر ما يدل على أنه أراد بذلك الثواب، حكى هذا القول عبد الوهاب في المعونة.

ومن كتاب الطلاق

قال: وسألته عن المرأة يقضى لها بصداق نسائها أيقضى لها بصداق أمهاتها أو عماتها؟ قال: لا يقضى لها بصداق واحدة منها، إنما يقضى لها بصداق مثلها على مثل حالها في زمانها الذي هي فيه، أين صداق النساء اليوم من صداق من مضى؟ كانت المرأة صداقها قبل اليوم أربعمائة درهم، وصداقها اليوم عشرون درهماً.

قال محمد بن رشد: مذهب مالك أن يعتبر في فرض صداق المثل في

نكاح التفويض بصدقات نسائها إذا كن على مثل حالها من العقل والجمال والمال، فلا يكون لها مثل صداق نسائها إذا لم تكن على مثل حالها، ولا مثل صداق من لها مثل حالها إذا لم يكن لها مثل نسبها، والدليل على ذلك من مذهبه قوله في المدونة: ولكن ينظر إلى أشباهها في قدرها وجمالها وموضعها أي موضعها من النسب، فاشتراط الموضع يدل على أنه أراد بقوله فيها: لا ينظر في هذا إلى نساء قومها أنه لا يفرض لها مثل صدقات نساء قومها إذا لم تكن على مثل حالها من المال والجمال والعقل، فالاعتبار عنده بالوجهين جميعاً، إذ قد تفترق الأختان في الصداق كما قال فيها بأن تكون إحداهما لها المال والجمال والشطاط، والأخرى ليس لها شيء من ذلك، فمعنى قوله في هذه الرواية: لا يقضى لها بصداق واحدة منها يريد إذا لم تكن على مثل حالها وفي زمانها أيضاً إذ قد تختلف الصَّدُقَات باختلاف الأزمنة على ما قال، وقد تأول بعض الناس على مالك أنه إنما ينظر إلى أمثالها من النساء في جمالها ومالها وعقلها ولا ينظر إلى نساء قومها، وليس ذلك بصحيح على ما بيناه من مذهبه في المدونة، ونساء قومها اللواتي يعتبر بصداقهن أخواتها الشقائق وللأب وعماتها الشقائق أيضاً وللأب، ولا يعتبر في ذلك بصدقات أمهاتها ولا خالاتها ولا أخواتها للأم ولا عماتها للأم، لأنهن من قوم آخرين، فقد تكون هي قرشية يرغب فيها لنسبها وتكون أمهاتها وأخواتها للأم وعماتها للأم من الموالي، والأصل في الاعتبار بنساء قومها في ذلك حديث عبدالله بن مسعود روي أنه أتي إليه في امرأة توفي عنها زوجها ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها فترددوا إليه [فلم يفتهم][9] فلم يزالوا به حتى قال: إني سأقول فيها برأيي، أرى لها صداق نسائها لا وَكْسَ ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان فشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع[10] بنت واشق الأشجعية بمثل

---

(٩) ما بين المعقوفين إضافة من ق ١.

(١٠) بَرْوَع بوزن خروع مفتوح الباء والمحدثون يكسرونها فيخطئهم في ذلك اللغويون صحابية لها ترجمة في الإصابة لابن حجر، وذكرها ابن عبد البر في الاستيعاب فقال بشأنها: «مات عنها زوجها هلال بن مرة الأشجعي ولم يفرض لها صداقا فقضى لها =

ما قضيت، ففرح بذلك عبد الله. ومن الناس من يعتبر نساء قومها دون حالها هي، حكى ذلك الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه والشافعي، وهو بعيد، وبالله التوفيق.

مسألة

وسمعته كتب إلى ابن غانم يقول: وسألت عن المرأة ترفع إليك أنها تريد التزويج فتسألها هل لها ولي فتذكر أن لها عمها أو أخاها أو ابن عم على مسيرة الثلاث أو الأربع أو أكثر من ذلك في شأنه وضيعته لا يقدم القيروان، وتسألك أن تزوجها رجلاً كفؤاً يقول: وربما كان ولي المرأة مولاها الذي أعتق أبوه أباها هل ينزل منزلة الأخ والعم وإني أرى إذا كان أمرها على ما وصفت من حالها وغيبة ولاتها وكفاءة من تدعو إليه أن تزوجها ولا يضرها عندك غيبة ولاتها الذين وصفت فالسلطان وَلِيُّ مثلها، وهو أحد الولاة الذين سمى عمر بن الخطاب عنه لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة صحيحة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة في أن حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان معناه عنده الترتيب في الاختيار لا في الوجوب، لأنه يقول: إن أولياء المرأةأحق بإنكاحها من ذوي الرأي، وذو الرأي أحق من السلطان، ومن قرب من الأولياء أحق ممن بعد. فإن زوج البعيد دون القريب مع حضوره أو من هو من ذوي الرأي منها دون الولي مع حضوره، أو السلطان دون الأولياء مع حضورهم مضى النكاح، ولم يكن للأقرب أن يرده، ويأتي على مذهب من حمل حديث عمر على الترتيب في الوجوب ورأى للولي الأقرب إذا زوج الولي الأبعد الخيار في

= رسول الله ﷺ بمثل صداق نسائها».

رد النكاح أو امضائه على ما حكى سحنون في المدونة عن جماعة من الرواة أن لا يكون للسلطان أن يزوج المرأة في مغيب أوليائها إذا كانت غيبتهم قريبة على الثلاث والأربع ونحو ذلك حتى يعذر إليهم بمنزلة الإعذار في الحقوق، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن امرأة خطبها رجل ولها بنت صغيرة لم تل نفسها فتزوجها وهو يعلم ذلك ثم بنى بها وابنتها معها ثم قال لها بعد أخرجي ابنتك عني، أترى ذلك له؟ قال: ما أرى ذلك له.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله: إنه إذا تزوجها وهو يعلم بابنتها ثم بنى بها وهي معها فليس له أن يخرجها وإن كان لها من أوليائها من يحضنها، والوجه في ذلك أنه لما بنى بها وهي معها فقد رضي ألا يخرجها عنها، ولو لم يعلم بها أو علم بها وأبى في البناء عليها وهي معها لكان له ألا تكون معه إذا كان لها من أوليائها من يحضنها، فسواء علم بها أو لم يعلم ليس له أن يحول بينها وبين أمها للضرورة إلى ذلك، وهي امرأته إن شاء أمسك على أن تكون ابنتها معها وإن شاء طلق، هذا الذي ينبغي أن يحمل عليه قول مالك، والله أعلم، قال ابن الماجشون في **الواضحة** علم أنه معها فأراد إخراجه من بيتها وأبت الأم فله ذلك إن كان له أب أو وليّ من رجل أو امرأة تأخذه إلى نفسه، وإن لم يكن له أحد فليس له أن يخرجه، وعلى ذلك نكح، فأما قوله: إنه إن علم بها فله أن يخرجها من بيته فوجهه أنه لم يجعل بناءه عليها وهي معها رضى منه باستمرار كونه معها، وأما قوله: فإن لم يكن له أحد فليس له أن يخرجه وعلى ذلك نكح فيدل على أنه لو لم ينكح على ذلك لكان له ألا يكون معه وإن لم يكن له أحد يأخذ لنفسه وَيُؤْوِيه إليه، وهو بعيد جداً، والله أعلم، وقد مضى في رسم المحرم القول في تسكين الرجل مع زوجته بنيه من غيرها أو أبويه، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسمعته يسأل عن الرجل يرضي إحدى امرأتيه بالنفقة يعطيها إياها وغير ذلك مما يرضيها في يومها الذي هو لها فيكون فيه عند امرأته الأخرى، فقال: إن الناس ليفعلون ذلك، فقيل له: أتكره هذا أنت؟ فقال: غيره أحب إليّ منه.

قال محمد بن رشد: قد سئل في هذا الرسم بعينـه من هذا السماع من كتاب طلاق السنة عن المرأة تشتري من صاحبتها يومها من زوجها، فقال: ما يعجبني هذا، وإني لأكـرهـه، أرأيت لو اشترت منها شهراً أو سنة؟ وإني لأرجو أن تكون الليلة خفيفة، فظاهر قوله: أنه فرق في الليلة الواحدة بين أن يكون الرجل هو المشتري لها من امرأته أو تكون صاحبتها هي التي اشتـرتها منها فجعل شراء المرأة من صاحبتها الليلة أشد في الكراهة فيحتمل أن يكون المعنى المفرق بينهما عنده أن المرأة لا تدري ما يحصل لها بما أعطت من الاستمتاع بزوجها، إذ قد يصيبها في تلك الليلة وقد لا يصيبها، والرجل يدري ما يحصل له من الاستمتاع بما أعطى إذ هو مالك للإصابة إن شاء أصاب وإن شاء لم يصب، وأما شراء المدة الطويلة فالكراهة فيها بينة من كل واحد منهما لأنه غَرَرٌ إذ لا يدري كل واحد منهما هل يعيش إلى تلك المدة هو أو الذي اشترى الاستمتاع به، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فطلقت عليه أتطلق علـيه إن تزوجها بعد ذلك أيضاً؟ قال: لا تطلق عليه.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة على أصله في المدونة وفي غير ما مسألة من العتبية من كتاب النذور ومن كتاب الأيمان بالطلاق ومن كتاب العتق حاشا مسألة الوتر الواقعة في رسم ليرفعن أمراً إلى السلطان من سماع

ابن القاسم من كتاب النذور، وقد مضى من القول على ذلك هناك ما فيه كفاية لمن تأمله، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال لي مالك: سمعت أن معاذ بن جبل كانت له امرأتان، فإذا كان يوم إحداهما لم يشرب من بيت الأخرى إنما سمعت ذلك وما أدري ما حقه(١١)؟.

قال محمد بن رشد: وجاء عنه أنهما توفيتا مَعاً في الوباء الذي أصابهم بالشام فدفنتا في حفرة واحدة فأسهم بينهما أيتهما تقدم في القبر، وإنما كان يفعل ذلك تحرياً للعدل والمساواة بينهما من غير أن يكون ذلك واجباً عليه، لا بأس على الرجل أن يتوضأ من ماء المرأة من زوجاته ويشرب من بيتها الماء ويأكل من طعامها الذي ترسل إليه في يوم غيرها من غير أن يتعمد بذلك ميلاً وأن يقف ببابها فيتفقد من شأنها ويسأل عن حالها ويسلم من غير أن يدخل عليها أو يجلس عندها، روي عن أم سلمة قالت: «كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إِذَا كَانَ عِنْدَ بَعْضِ أَزْوَاجِهِ فِي يَوْمِهَا يَطُوفُ عَلَى سَائِرِ أزواجه قَائِماً وَلاَ يَجْلِسُ، قَالَتْ: فَوَقَفَ عَلَيَّ يَوْماً وَأَنَا أطبخُ قِدْراً فيهَا لَحْـمٌ، فَقَالَ: «مَاذَا تَطْبَخِينَ يَا أمَّ سَلَمَةَ فِي هٰذِهِ القِدْرِ؟»، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ لَحْماً أفلاَ أُنَاوِلُكَ مِنْهُ؟ قَالَ: «بَلَى»، وَجَلَسَ عَلَى العَتَبَةِ قَالَتْ: فَنَاوَلْتُهُ فَأَكَلَ مِنْهُ ﷺ فَجَاءَ المُؤَذِّنُ فَقَامَ فَصَلَّى وَلَمْ يَمَسَّ مَاءً(١٢).

مسألة

وسئل فقيل له: إن امرأة ابن أخي أرضعت بلبنه جارية ثم تزوجها، فقال: أفي الصغر؟ فقال له: نعم، فقال له: أرى نكاحها

(١١) في ق ١: (حقيقته) بدله.
(١٢) لم أقف عليه.

مفسوخاً، لأن لبن الفحل يحرم، وهذا لبن الفحل، فالرضاعة تحرم ما تحرم الولادة، وما أرى نكاحك إلا مفسوخاً، وأما إذا تزوجت فارجع إليّ إن شئت.

قال محمد بن رشد: لبن الفحل يحرم عند مالك رحمه الله وجميع أصحابه، ولا اختلاف فيه بين أحد من فقهاء الأمصار لقول رسول الله ﷺ لعائشة في عمها أفلح أخي القعيس: «إِنَّهُ عَمُّكِ فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ»(١٣)، بعد أن قالت له: يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل - تعني بالمرأة زوجة أبي القعيس - لأنها لما أرضعتها بلبنه صار أباً لها من الرضاعة وصار أخوه أفلح عمّاً لها من الرضاعة، وقد كانت عائشة لا ترى لبن الفحل يحرم، فكان يدخل عليها من أرضعه بنات أخيها وبنات أختها ولا يدخل عليها من أرضعه نساء إخوتها، فرأى ذلك طائفة من العلماء منهم ابن المسيب، وسليمان بن يسار، وعطاء بن يسار، والنخعي، وأبو قلابة علة في حديثها إذ لا يمكن أن تخالف ما روت عن النبي عليه السلام لغير حجة علمتها، ولم ير مالك رحمه الله ذلك علة في حديثها إذ قد يمكن أن تكون خالفته لتأويل لا يلزم اتباعها عليه، إلا أن من مذهبه مراعاة الخلاف إذا قوي، فأراد، والله أعلم، بقوله للسائل: وأما إذا تزوجت فارجع إليّ إن شئت أن يسأله كم أرضعت الجارية؟ وهل كان رضاعها في الحولين أو بعد الحولين؟ إذ قد قال جماعة من العلماء لا تحرم المصة ولا المصّتان على ما روي في ذلك عن النبي عليه السلام، وقال جماعة منهم أيضاً: إنه لا يحرم من الرضاع ما كان بعد الحولين وإن قرب ولم يكن قبل ذلك فصال، فلو اتفقت هذه الأسباب لم يفرق بينهما، والله أعلم، لأن الخلاف كان يقوى في المسألة لدخوله فيها من وجوه شتى، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن المرأة المستخلفة على يتيمة أليس هي لا تعقد

(١٣) هو في الستة وفي الموطأ وفي مسند أحمد.

النكاح ولكنها تستخلف رجلاً يكون هو الذي يعقده؟ فقال لي: بلى.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن كل من لا يجوز أن يكون ولياً للمرأة من امرأة وعبد أو نصراني فلا يجوز لهم إذا استخلفوا على امرأة أن يلوا العقد عليها، وإنما يجوز لهم أن يلوه على من استخلفوا عليه من الذكور، وقد مضى القول على هذا مشروحاً بيناً في رسم سن رسول الله ﷺ من سماع ابن القاسم، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمن تزوج امرأة فنقدها صداقها وقال: أدخلوها عليّ، فيقول أهلها حتى نسمنها ونحسن إليها ألزوجها أن يدخل عليها من ساعتها وقد أعطاهم صداقها؟ فقال: الوسط من ذلك، ليس له أن يقول: أدخلوها عليّ الساعة ولا لهم أن يؤخروها عنه، ولكن الوسط من ذلك بقدر ما يجهزونها ويهيئون أمرها، وقد قال تعالى: ﴿ قَدْ جَعَلَ اللهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْراً ﴾[14]، وقال لنبيه: ﴿ وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ ﴾[15]، ولهم حق وحرمة، فالوسط من ذلك المعروف.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال لأن تعجيل دخوله عليها من ساعته تضييق عليها وإضرار بها وتأخيرها عنه المدة الطويلة حمل عليه وإضرار به، فالوسط من ذلك عدل بينهما، وقد قال ﷺ: «خَيْرُ الأُمُورِ أَوْسَاطُهَا» وإذا وجب أن يُؤجل الغريم فيما حل عليه من الحق بقدر ما يهيئه وييسره ولا يباع عليه فيه عروضه بالغاً ما بلغ في الحين فالمرأة أولى بالصبر عليها في الدخول بها إلى أن تهيىء من شأنها ما تحتاج إليه في القدر الذي لا يضر بالزوج أن يؤخر إليه.

(١٤) الآية ٣ من الطلاق.

(١٥) الآية ٤ من سورة القلم.

مسألة

قال: وسألته عن المرأة تشهد لوليها أنها قد ولته أمرها وأمرته بإنكاحها بغير مُؤامرتها إن جاءه كفؤ فيأتيه من يرضى فيزوجه إياها بأقل من مهر مثلها فقال: ما هذا من عمل الناس، لا أرى إذا جاء من يرضاه لها أن يزوجه إياها، وهو الذي عليه عمل الناس، ومضوا عليه، قال سحنون: وإذا فوضت إليه إنكاحها ممن رآه ورضيه فأنكحها ممن رأى بغير مؤامرتها فالنكاح لها لازم بكراً كانت أو ثيباً.

قال محمد بن رشد: أما إذا زوجها بأقل من صداق مثلها فلا يلزمها النكاح باتفاق إلا أن ترضى به، وأما إذا زوجها بصداق مثلها فقيل: النكاح لها لازم لا خيار لها فيه لأنها قد فوضت إليه أن يزوجها ممن رآه، وهو قول سحنون، وقيل: لا يلزمها ولها أن تدفعه إن شاءت وترضى به إن شاءت، قرب الأمر أو بعُد، وهو قول مالك، والقولان في المدونة، قال ابن حبيب: وإنما يجوز لها الرضى به إذا كان ذلك بحدثان العقد، فإن لم يكن بحدثانه فالنكاح مفسوخ، ولا يجوز لها أن ترضى به إلا أن يجدد نكاحاً جديداً بعد فسخ الأول على قياس المشهور من قولهم في الولي يزوج وليته الغائبة قبل أن يستأمرها، وليس بصحيح لأنهما مسألتان، والفرق بينهما بيِّنٌ. وسيأتي القول على هذا في رسم الجواب من سماع عيسى إن شاء الله، ولو زوجها من نفسه إذا فوضت إليه أن يزوجها ممن شاء لم يلزمها النكاح إلا أن تشاء، قاله في المدونة، ولا اختلاف في ذلك إن شاء الله.

ومن كتاب الأقضية الثالث

قال: وسئل عن النصرانيّ يصنع صنيعاً فيختن ابناً له فيدعو في دعوته مسلمين أو مسلماً أترى أن يجيبه؟ فقال: إن شاء جاء، ليس عليه في ذلك ضيق، إن جاء فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: معنى قوله: إنه لا إثم عليه في ذلك ولا حرج إن

فعله، وذلك إذا كان له وجه من جوار أو قرابة أو ما أشبه ذلك، والأحسن أن لا يفعل لا سيما إذا كان ممن يقتدى به لما في ذلك من التودد إلى الكفار، وقد قال الله: ﴿لَا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية(١٦).

مسألة

وسئل، فقيل له: أليس واسعاً أن تدخل جارية الزوجة أو الولد على الرجل في المرحاض فقال مالك: لا، ما في ذلك من سعة، قال عز وجل: ﴿أزواجكم أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾(١٧).

قال محمد بن رشد: يريد من أجل أن الرجل يتجرد في الخلاء، ولا يجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلا إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من ذوات محارمه، وقد أمر النبي عليه السلام أن يستأذن للرجل على أمه، وقال للسائل عن ذلك: «أَتُحِبُّ أَنْ تَرَاهَا عُرْيَانَةً»(١٨)، وقد قيل: إنه لا يجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلا إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من المرأة، وهو بعيد يلزم عليه ألا ييمم النساء الرجال الأجنبيين إلا إلى الكوعين، وهذا ما لا يوجد في شيء من مسائلنا وإن كان ذلك ظاهر قول الله عز وجل لأنه قال: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ﴾(١٩)، كما قال: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾(٢٠)، فالمعنى في ذلك: وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن عما لا يحل لهن من النظر فيه، وقد بينت ذلك السنة، وذلك قول النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس: «اعْتَدِّي عِنْدَ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى تَضَعِينَ

(١٦) الآية ٢٢ من المجادلة.
(١٧) ليس هو عبارة قرآنية ولا يوجد مثله في المصحف.
(١٨) هو في باب الاستئذان من الموطأ.
(١٩) الآية ٣١ من النور.
(٢٠) الآية ٣٠ من النور.

ثَيابَكِ عِنْدَهُ»(٢١)، فلولا أنها في النظر إليه كحكم الرجل في النظر إلى ذوات محارمه لما أباح لها النبي ﷺ الاعتداد عنده، وهذا بيِّنٌ والله أعلم.

مَسْأَلة

وسئل عن رجل يطعم أهله الشعير فتأبى ذلك عليه وتقول: لا آكل إلا الحنطة أترى ذلك له عليها؟ فقال: نعم، أرى ذلك له عليها إذا كان الناس قد أكلوا الشعير، فأما إذا كان القمح كثيراً موجوداً وكان واجداً فإني أرى أن يعطيها القمح.

قال محمد بن رشد: في قوله: وكان واجداً دليل على أنه لو لم يكن واجداً وعجز عن أن يعطيها القمح لكان له أن يعطيها الشعير، وإن كان القمح كثيراً موجوداً بالبلد هو جل قوتهم به خِلاف ما في رسم الكبش في سماع يحيى من كتاب طلاق السنة من قوله فيه وليس له أن يخصها بما لا يحتمله أهل بلدها، وجه رواية أشهب هذه هو أنه الذي يدل عليه قول الله عز وجل: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾(٢٢)، إذ قد علم أن الرجل لا يطعم أهله إلا ما يجد ويقدر عليه، ووجه رواية يحيى أن الزوجين قد دخلا من الانفاق على عرف البلد، فكما لا يكون للزوجة أن تأخذ الزوج بالحنطة إذا قدر عليها وأهل البلد يأكلون الشعير، فكذلك لا يكون للزوج أن يعطي الزوجة الشعير إذا عجز عن الحنطة وأهل البلدة لا يأكلونها.

مَسْأَلة

وسئل عن الرجل يتهم ختنته بإفساد أهله عليه فيريد أن يمنعها من الدخول عليها، قال: ينظر في ذلك، فإن كانت مسيئة

(٢١) هو في باب الطلاق من الموطأ.
(٢٢) الآية ٨٩ من المائدة.

منعها بعض المنع ولا كل ذلك، وإن كانت غير مسيئة لم تمنع من الدخول على ابنتها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إنها إذا كانت مسيئة منعت من كثرة التكرر بالدخول إليها للضرر الداخل بذلك على الزوج ولم تمنع من الدخول جملة لما في ذلك من قطع صلة الرحم، وإذا لم تكن مسيئة لم تمنع من شيء، وهي محمولة على غير الإساءة حتى تثبت إساءتها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الذي يكون بينه وبين ختنه أخي امرأته كلام فيمنعه من الدخول على أخته، فقال: ما أرى أن يمنع، لم يمنع؟ قلت له: أليس له أن يدخل؟ قال: بلى له أن يدخل، ورواها عبد الرحمن بن أشرس عن مالك هكذا.

قال محمد بن رشد: وهذا على ما قال: إنه ليس له أن يمنع أخا امرأته من صلتها بالدخول عليها وتفقد شأنها لما كان بينه وبينه من الكلام إلا أن يتهمه بإفسادها عليه ويبين ذلك فيمنع بعض المنع لا كلّ المنع كالكلام في المسألة التي فوقها.

ومن كتاب الأقضية

قال: وسئل مالك أيكره أن تخرج الجارية المملوكة متجردة؟ فقال: نعم وأضربها على ذلك.

قال محمد بن رشد: يريد بمتجردة مكشوفة الظهر أو البطن، وأما خروجها مكشوفة الرأس فهو سنتها لئلا تتشبّه بالحرائر اللواتي أمرهن الله بالحجاب وأن يدنين عليهن من جلابيبهن. وقد رأى عمر بن الخطاب أمة لابنه عبيدالله قد تهيأت بهيئة الحرائر فدخل على حفصة ابنته فقال لها: ألم أرَ جارية

أخيك تجوس(٢٣) الناس وقد تهيأت بهيئة الحرائر، وأنكر ذلك. قال عبد الملك في **الواضحة**: وما رأيت بالمدينة أمة تخرج وإن كانت رائعة إلا وهي مكشوفة الرأس في ضفائرها أو في شعر مجمم لا تلقي على رأسها جلباباً لتعرف الأمة من الحرة إلا أن ذلك لا ينبغي اليوم لعموم الفساد في أكثر الناس، فلو خرجت اليوم جارية رائعة مكشوفة الرأس في الأزقة والأسواق لوجب على الإمام أن يمنع من ذلك ويلزم الإماءَ من الهيئة في لباسهن ما يعرفن به من الحرائر، والله الموفق، لا رب غيره، ولا معبود سواه.

مسألة

وسئل عن امرأة أصدقت عبداً ثم دفع إليها وقبضته فباعته ثم طلقها قبل البناء بها فبأي شيء يرجع عليها أبنصف قيمته أم بنصف الثمن الذي باعته به أم بماذا؟ فقال: لا أرى له عليها إلا نصف الثمن الذي باعته به إذا باعته بوجه البيع ولم يتبين في بيعه منها محاباة في البيع ولا مداهنة، لا أرى له عليها إذا كان ذلك إلا نصف الثمن الذي باعت به العبد.

قال محمد بن رشد: وهذا على القول بأنه إذا مات ثم طلقها لا يرجع عليها بشيء وأن الغلة تكون بينهما بنصفين وأنها إن وهبته أو أعتقته تلزمها فيه القيمة يوم وهبت أو أعتقت، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وقول أشهب وابن نافع وروايتهما عن مالك في أول رسم من هذا السماع، وأما على القول بأن لها جميع الغلة وأنها إن وهبته أو أعتقته تلزمها القيمة يوم القبض وهو قول غير ابن القاسم في كتاب النكاح الثاني من المدونة فيلزمها إذا باعته قيمته يوم قبضته، وعلى هذا يأتي قول مالك في أول رسم هذا السماع أمر بذلك في وجوب رجوع الزوج عليها بنصف قيمته إذا مات

(٢٣) في أساس البلاغة للزمخشري: «جاسوا خلال الديار: داروا فيها بالعيث والفساد وجاء فلان يجوس الناس أي يتخطاهم

في يديها ثم طلقها وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن الرجل تكون له المرأة الحريصة المبالغة في تأدية حقه فإذا رأته داخلاً تلقته فأخذت عنه ثيابه ونزعت نعليه ولم تزل قائمة حتى يجلس، فقال: أما تلقيها إياه ونزعها ثيابه ونعليه فلا أرى بذلك بأساً، وأما قيامها فلا أرى ذلك ولا أرى أن يفعله، هذا من التجبُّر والسلطان، فقلت له: والله ما ذلك من شأنه ولا تشبهه هذه الحال، ولكنها تريد إكرامه وتوقيره وتأدية حقه، وإنه لينهاها عن ذلك ويمنعها منه، فقال لي: كيف استقامتها في غير ذلك؟ فقلت له: من أقوم الناس طريقة في كل أمرها فقال: تؤدي حقه في غير هذا، فأما هذا فلا أرى أن تفعله، إن هذا من فعل الجبابرة، بعض هؤلاء الولاة يكون الناس ينتظرونه جلوساً فإذا طلع عليهم قاموا له حتى يجلس، فلا خير في هذا ولا أحبه، وليس هذا من أمر الإسلام، فأرى أن تدع هذا وتؤدي حقه في غير ذلك، وليس هذا مثل الذي أخبر الله عنه: ﴿ هَٰذَا مِنْ فَضْلِ رَبِّي لِيَبْلُوَنِي ءَأَشْكُرُ أَمْ أَكْفُرُ ﴾(٢٤)؟ قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه للدابة التي ركب ما نزلت عنها حتى تغيرت نفسي، قال مالك: ولعمر فضله.

قال محمد بن رشد: القيام للرجل على أربعة أوجه: وجه يكون القيام فيه محظوراً، ووجه يكون فيه مكروهاً، ووجه يكون فيه جائزاً، ووجه يكون فيه حسناً، فأما الوجه الذي يكون فيه محظوراً لا يحلّ فهو أن يقوم إكباراً وتعظيماً لمن يحب أن يقام إليه تكبراً وتجبراً على القائمين إليه، وأما الوجه الذي يكون القيام فيه مكروهاً فهو أن يقوم إكباراً وتعظيماً وإجلالاً لمن لا يحب أن

(٢٤) الآية ٤٠ من النمل.

يقام إليه ولا يتكبر على القائمين إليه، فهذا يكره للتشبه بفعل الجبابرة ولما يخشى أن يدخله من تغير نفس المقوم إليه، وأما الوجه الذي يكون القيام فيه جائزاً فهو أن يقوم تجلّة وإكباراً لمن لا يريد ذلك ولا يشبه حاله حال الجبابرة ويؤمن أن تتغير نفس المقوم إليه لذلك، وهذه صفة معدومة إلا فيمن كان بالنبوة معصوماً، لأنه إذا تغيرت نفس عمر بالدابة التي ركب عليها فمن سواه بذلك أحرى، وأما الوجه الذي يكون فيه القيام حسناً فهو أن يقوم الرجل إلى القادم عليه من سفر فرحاً بقدومه ليسلم عليه، أو إلى القادم عليه مسروراً بنعمة أولاها الله إياه ليهنئه بها، أو إلى القادم عليه المصاب بمصيبة ليعزيه بمصابه وما أشبه ذلك، فعلى هذا يتخرج ما ورد في هذا الباب من الآثار ولا يتعارض شيء منها، من ذلك أنه قال: «مَـنْ أَحَبَّ أَنْ يَمْثُلَ لَهُ الرِّجَالُ قِيَاماً فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّـارِ»(٢٥) ويروى من أحب أن يستجم ومعناه معنى الأول، وقد رواه بعض الناس: من أحب أن يستخم له الناس قياماً وقال: معناه أن يطول قيامهم له حتى تتغير روائحهم من طول القيام كما يفعل الجبابرة من طول قيام الناس على رؤوسهم وليس ذلك بصحيح، لأن معاوية ابن أبي سفيان راوي الحديث عن النبي ﷺ أعلم بمعناه، روي عن أبي مجلز قال: دخل معاوية بيتاً فيه عبد الله بن الزبير وعبدالله بن عامر فقام ابن عامر وثبت ابن الزبير وكان أرزنهما فقال معاوية: اجلس يا ابن عامر، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ أحبَّ أن يَمْثُلَ لَهُ ٱلرِّجَالُ قِيَاماً فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّار» وقام النبي ﷺ لعكرمة بن أبي جهل عند قدومه عليه من اليمن فرحا بقدومه عليه مسلماً ورمى عليه رداء فسلم عليه وبايعه، وقام طلحة بن عبدالله بحضرته ﷺ لكعب بن مالك ليهنئه بتوبة الله عليه فلم ينكر ذلك عليه ولا قام من مجلس النبي عليه السلام أحد سواه إليه فكان كعب يقول: لا أنساها لطلحة، وكان رسول الله ﷺ يكره أن يقام إليه فلا يقوم إليه من علم بكراهيته لذلك، روي عن أنس أنه قال: لم يكن شخص أحب إليهم من

(٢٥) في سنن أبي داوود ومسند ابن حنبل.

رسول الله ﷺ، فكانوا إذا رأوه لم يقوموا لما يعلمون من كراهيته لذلك، وروي عن أبي هريرة أنه قال: كُنَّا نَقْعُدُ مَعَ رَسُول الله ﷺ في ٱلْمَسْجد بِٱلغَدَوات فإذا قَامَ إلى بَيْتِهِ لَمْ نَزَلْ قِياماً حَتَّى يَدْخُلَ بَيْتَهُ(٢٦) فتأويل ذلك أنهم كانوا يفعلون ذلك لما يلزمهم من إكبار النبي ﷺ وتوقيره لقول الله عز وجل: ﴿ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ ﴾(٢٧) قبل أن يعلموا بكراهيته لذلك، وأما ما روي من قوله للأنصار: «قُومُوا إلَى سَيِّدِكُمْ»(٢٨) فيحتمل أن يكون انما أمرهم بذلك تجلة له وإكراماً لعلمه ﷺ أنه لا يحب ذلك منهم وأنه ليس ممن يتكبر عليهم، وقد قيل إنه إنما أمرهم بالقيام إليه ليعينوه على النزول مِنْ عَلَى الحمار الذي أتى عليه لأنه كان مريضاً من الجرح الذي كان أصابه، وكان رجلاً بديناً، فهو وجه كراهية مالك لقيام المرأة إلى زوجها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل يعطي الرجل ابنته ويكتبها له هبة فينفق عليها حتى إذا بلغت أراد أخذها فقال: أما الرجل يعطي الرجل ابنته ليس بينه وبينها حرمة يحرم بها عليه نكاحها فليس ذلك بحسن أن يعطيها غير ذي محرم، فأما ذو حرمة ممن لا تحل له مثل العم والخال ومن لا يحل له نكاحها فإن ذلك لا بأس به، وإن أراد أبوها أن يأخذها منه لم أر ذلك له إلا على وجه إساءة إليها وضرر، فقيل له: أفيكون للذي وهبت له أن ينكحها بغير رضا أبيها؟ فقال: أرى إنكاحها إلى الذي وهبت له إن كان جعل ذلك بيده إذا دعا إلى سداد، قلت: أرأيت إن مات الأب أله أن ينكح الجارية بغير إذنها فقال: لا، وذلك مثل أن لو جعل ذلك

(٢٦) لم أقف عليه.
(٢٧) الآية ٩ من سورة الفتح.
(٢٨) لم أقف عليه.

إلى ابنه ثم مات لم يكن له أن ينكحها إلا بإذنها.

قال محمد بن رشد: كراهيته للرجل أن يهب ابنته لمن لا حرمة بينه وبينها صحيحة بينة في المعنى، وقد ذهب أهل النظر إلى أن ما في كتاب النكاح الأول من المدونة في مسألة رجال من الموالي يكفلون صبياناً من العرب يدل على أنه لا كراهية في ذلك خلاف ما ها هنا وليس ذلك بصحيح لأنه لم يتكلم هناك على ما تكلم عليه ها هنا من جواز الفعل ابتداء، وإنما تكلم في إنكاحها إذا وقعت الحضانة فقال أرى تزويجها جائزاً عليها يريد بغير رضاها، والوجه في ذلك أنه أنزله بالحضانة لها في حياة أبيها منزلة الوكيل له على إنكاحها فلا يحتاج في ذلك إلى رضاها، وذلك خلاف قوله ها هنا إذ لم ير إنكاحها إليه بالهبة والحضانة إلا أن يكون جعل ذلك إليه نصاً، وحكى ابن حبيب مسألة مالك في المدونة في صبيان الأعراب على خلاف ما وقعت في المدونة فقال فيها وتكون فيهم الجارية وقد مات أبوها وغاب أهلها فإن الذي كفلها ورباها أولى بعقد نكاحها لما قد ولي منها، يريد أنه أولى بعقد نكاحها من ولاتها فأنزله منزلة الوصي بالحضانة، وذلك نحو ما في كتاب القسمة من المدونة أن الرجل تجوز مقاسمته على اللقيط الذي هو في حجره، والمشهور المعلوم في المذهب أن الولي أحق بالإنكاح من الحاضن، وقد جعل ابن العطار مسألة المدونة أصلاً بنى عليه فقال: ولا يجوز للكافل أن يزوج ذات الأب وإن كفلها وربّاها إذا كان أبوها بالحضرة إلا أن يكون غائباً فيزوجها الكافل بغير رضاها على نحو ما وقع في المدونة من صبيان الأعراب الذين يدفعونهم إلى من يكفلهم، قال وكذلك حال أهل البدو عندنا مع أهل الحضر، قال: والكافل والمربي والحاضن في غير ذات الأب كالولي يريد أن له أن يزوجها برضاها، وذلك من قوله صحيح مثل قوله في آخر هذه الرواية، وقوله وإن أراد أبوها أن يأخذها منه لم أر ذلك له إلا على وجه إساءة إليها وضرر صحيح، والوجه في ذلك أن هبته إياها له إنما هي هبة حضانته التي له، فإذا وهبها لم يكن له أن يرجع فيها، ووجه آخر أنه إذا وهبه إياها فقد ملكه الانتفاع بها بنفقته عليها فأشبه عقدة الإجارة عليها، وذلك إذا لم يكن لها أم ولا من هو أحق بحضانتها منه، فإن كان لها أم هي

معه في عصمته فروى ابن نافع عن مالك في ٱلْمَدَنِيَّة أن ذلك لازم لها وإن طلقها إذا لم يرد بذلك ضررها وكان ذلك منه على وجه المعروف والصلة وطلب الخير، وقال في النكاح الثاني من المدونة مثل الرجل الفقير المحتاج خلاف ظاهر ما في المدونة، وأما إن كان لها أم مطلقة فليس ذلك له لأنها أحق بحضانتها منه إلا أن يكون له مال ينفق عليها منه فلا يكون للأم في ذلك كلام إلا أن يشاء أن يخصها وينفق عليها، ونص رواية ابن نافع عن مالك في ٱلْمَدَنِيَّة قال: سألت مالكاً عن الرجل يهب ولده لإنسان، قال مالك: الهبة إنما هي حضانة فإن كانت أم الولد حية نظر لها في أمره، فإن كان انما وهبه ضرراً لأمه لم يجز ذلك، وإن كان وهبه للنظر وطلب الخير والصلة جاز ذلك عليها إذا كانت هبته إياها على وجه المعروف الجائز، ثم إن طلق أمه بعد ذلك لم يكن له أن يأخذه ممن وهبه له، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الطلاق

قال وسمعته يقول تزوج عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة ثم دخل على حفصة ابنته فرفته ودعت له بالبركة وقالت أما إنها لا ولد فيها فقال: ما نكحت إلا للولد، ثم خرج من عند حفصة فأرسل إليها بالطلاق من ساعته ولم يكن دخل بها.

قال محمد بن رشد: معنى رفته دعت له بالرفاء أي بإتمام[٢٩] الصحبة وحسن العشرة، وهو مأخوذ من رفو الثوب إذا أصلح ورم ما كان فيه من خلل وفساد، وصواب الكلمة رفأته لأن الفعل مهموز، وإنما كرهها عمر لكونها لا ولد فيها وقال: إنما نكحت للولد لقول النبي ﷺ: «تَزَوَّجُوا فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ» روي عنه رضي الله عنه أنه قال: إني لأتزوج المرأة ومالي فيها حاجة وأطؤها وما أشتهيها، فقيل له: وما يحملك على ذلك يا أمير المؤمنين؟ قال: رجاء أن يكون مني من يكاثر به النبي ﷺ النبيين يوم

---

(٢٩) في ق ١: (بالتمام).

القيامة، فإني سمعته يقول: «عَلَيْكُمْ بِالأَبْكَار فَإِنَّهُنَّ أَعْذَبُ أَفْوَاهاً وأَحْسَنُ أَخْلَاقاً وَأَنْتَقُ أَرْحَاماً، وإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ ٱلْأُمَمَ يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ»(٣٠) يعني بقوله أنتق أرحاماً أقبل للولد.

مسألة

وسئل عمن تزوج امرأة بألف دينار ودخل بها وأقام معها نحواً من ثمانية أشهر ثم مات فطلبت صداقها هل ترى اليمين على ورثته؟ فقال: أرى على ورثته أن يحلفوا ما نعلم بقي لها عليه صداق حتى مات، قال: وليس يدخل النساء على أزواجهن إلا بالرضى من مهورهن.

قال **محمد بن رشد**: أوجب اليمين على الورثة في هذه الرواية على العلم وإن لم تدع ذلك المرأة عليهم خلاف ما في كتاب النكاح الثاني من المدونة من أنهم لا يمين عليهم إلا أن تدعي عليهم العلم،وخلاف ما في كتاب بيع الغرر منها في مسألة التداعي في وقت موت الجارية الغائبة المشتراة على الصفة إن كان قبل الصفة أو بعدها، وإنما يجب عليهم اليمين إذا كانوا ممن يظن بهم العلم على ما قال في كتاب العيوب والأقضية من المدونة، فإن نكلوا عن اليمين حلفت المرأة على ما تدعي معرفته من أنها لم تقبض صداقها وتستوجبه لا على أن الورثة علموا أنها لم تقبض، فهذه اليمين ترجع على غير ما نكل عنه الورثة، ولها مظاهر كثيرة، فيختلف في لحوق هذه اليمين للورثة لأنها يمين تهمة إذا لم تحقق الزوجة عليهم الدعوى على ما ذكرناه، ولا يختلف في رجوعها على الزوجة لمعرفتها بما تحلف عليه كما يختلف في رجوع يمين التهمة، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمن زوج وليته صغيرة لم تبلغ المشورة في نفسها فقال:

(٣٠) انظر فيه سنن ابن ماجه والترمذي والنسائي وأبي داوود ومسند أحمد.

لا يزوجها، قلت له: فإن زوجها فرق بينهما؟ قال: لا أدري، قد زوج بعض الناس هكذا، فأذا تفاوت ووقعت المواريث فلا أدري.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول مستوفى فيهذه المسألة في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وسيأتي في الرسم الذي بعد هذا وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسئل عن عبد كان لسيده بيده مال فكتب إليه أن اشتر جارية أيصلح له وطؤها؟ قال: أما من مال سيده فلا يصلح إلا أن يكون أسلفه ثمنها.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

مسألة

وسألته عن هبة الرجل لعبده الدني الهيئة العامل في السوق الجارية يطؤها، قال نعم، إن كانت هبته مستقيمة، قلت له يكون أن يزوجه إياها مخافة أن يبيعه فلا يقدر على نزعها منه فيقول: أهبها له فإن بدا لي نزعتها منه، فقال لا يعجبني هذا يعيره إياها لا إلا هبة صحيحة يريد بذلك سروره وولده وإعفافه.

قال محمد بن رشد: وهذه المسألة أيضاً قد مضت والقول فيها في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم فلا وجه لإعادته والمعنى فيها بين، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن امرأة نكحت على أربعمائة دينار صداقاً على

أن تضع له مائتي دينار ولا يخرجها من المدينة فنكحته على ذلك ثم أراد إخراجها فطلبت ما وضعت عنه فقال: إن كان أكثر لها من الصداق ليس ذلك صداق مثلها فله أن يخرجها ولا ترجع عليه بالذي وضعت عنه من أجل الشرط، وإن كان صداق مثلها فوضعت عنه على أن لا يخرجها من المدينة فإن له أن يخرجها حيث شاء وعليه أن يرد عليها الذي وضعت عنه من صداقها يرجع إليها وله أن يخرج بها حيث شاء، قلت له: إن كان الذي أصدقها أكثر من صداق مثلها فوضعت عنه على أن يسكنها بلدها فليس ذلك لها، وله أن يخرج بها حيث شاء ولا شيء عليه فيما وضعت عنه، وإن كان الذي أصدقها [فوضعت][31] صداق مثلها على أن يسكنها بلدها فليس ذلك له، وله أن يخرج بها حيث شاء، ولها عليه ما وضعت عنه من صداق مثلها؟ قال نعم.

قال محمد بن رشد: ظاهر هذه الرواية أن ما وضعت المرأة في العقد للشرط من صداق مثلها لا يلزمها كما لا يلزمه الشرط، فيكون لها ما وضعت من صداق مثلها وفى لها بالشرط أو لم يف، وهو قول ابن كنانة وروايته عن مالك، ومثله في مختصر ما ليس في المختصر لابن شعبان خلاف رواية علي بن زياد عن مالك في النكاح الثاني من المدونة أن لها أن ترجع فيما وضعت من صداق مثلها بالشرط إذا لم يف لها بالشرط، ومذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن ما وضع للزوج في عقد النكاح من الصداق على الشرط موضوع عن الزوج ولا يلزمه الشرط كان الموضوع من صداق المثل أو زائداً عليه، وقد قيل إن ما وضعت في العقد من صداقها على الشرط كما وضعت بعد العقد لا تكون له الوضيعة إلا أن يفي بالشرط كان الموضوع من صداق المثل أو زائداً عليه، حكى هذا القول ابن حبيب عن بعض الناس، وقد روي عن مالك

(٣١) إضافة من ق ١.

أنها إذا وضعت في العقد من صداقها شيئاً للشرط سقط الشرط وردت إلى صداق مثلها، والقياس أن يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ويسقط الشرط، ويكون لها صداق مثلها إلا إن ينقص من المسمى فلا ينقص منه شيء، وكذلك يلزم على قياس هذا القول إذا تزوجها بكذا وكذا على أن لها من الشرط عليه كذا وكذا، والمشهور أن النكاح جائز والشرط غير لازم، ولا اختلاف بينهم فيما وضعت عنه بعد العقد من التسمية أن الوضيعة إنما تكون له إن وفى بالشرط، ولا اختلاف بينهم أيضاً أن ما اشترطت من الشروط في العقد دون تسمية صداق ساقط والنكاح لازم، فإن وقع النكاح دون شرط ثم سمى الصداق على الشرط سقط الشرط ووفيت تمام صداق مُثلها إن كانت التسمية أقل من ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الذي يتزوج المرأة بالعبد ثم يوجد مسروقاً وقد دخل بها فيؤخذ منها، قال يحال بينه وبينها حتى يعطيها مهرها، وليس مثل الذي يخالع امرأته بالعبد يأخذه ثم يوجد مسروقاً لأن الخلع ينقطع به الميراث.

قال محمد بن رشد: قوله حتى يعطيها مهرها يريد صداق مثلها وهو الصحيح في القياس لأن العبد عوض من البضع، فإذا استحق العبد من يد المرأة وجب أن ترجع بقيمة بضعها لفواته بالعقد عليه وقيمته صداق المثل، وإنما كان العقد دون الدخول في النكاح فوتاً لما يوجبه من الحرمة، وقد قيل إنه ليس بفوت ويفسخ النكاح إذا كان الصداق عرضاً بعينه واستحق قبل الدخول، وهو قول يحيى في العشرة قال: إن المرأة إذا تزوجت بعبد غائب فمات قبل النكاح فسخ، والمشهور في المذهب أنها ترجع بقيمة العبد المستحق من يدها كما يرجع الزوج بقيمته إذا اسحق من يده في الخلع، وما في هذه الرواية هو القياس، وقوله إنه يحال بينه وبينها حتى يعطيها مهرها يحتمل أن يريد أن ذلك من حق الزوجة فإن رضيت أن تتبعه بمهرها وتبيح له التمادي

على وطئها جاز ذلك، ويحتمل أن يريد أنه لا يباح له التمادي على وطئها وإن رضيت بذلك حتى يدفع إليها مهرها من أجل أنه يكره للرجل أن يدخل بامرأته حتى يدفع إليها مهرها أو ربع دينار منه، والتأويل الأول أصح في المعنى، والثاني أظهر من جهة اللفظ، وإليه نحا ابن المواز، وقد قيل إنه لا يكون ذلك من حقها وله أن يتمادى على وطئها وتتبعه بمهرها ديناً ثابتاً في ذمته، ووجه القول الأول أنها مغلوبة على الدخول بها بما أعطاها من مهرها فلما استحق وأخرج من يدها كانت على رأس أمرها كما لو غصبها نفسها قبل أن يعطيها صداقها، فقد روى ابن أبي جعفر الدمياطي عن ابن القاسم أنه يؤدَّب ويحال بينه وبينها حتى يعطيها صداقها بخلاف إذا أذنوا له في الدخول عليها ليراها فوطئها. ووجه القول الثاني أنه لما فعل في الدخول بها ما يجوز له ولم يتعد كان بمنزلة ما لو أذنت له في الدخول عليها فوجب أن لا يمنع من التمادي على وطئها، وهذا الاختلاف إنما هو عندي إذا لم يغرها بذلك، وأما إذا علم أنه مسروق وغرها فيكون من حقها أن تمنعه من نفسها حتى يعطيها مهرها على ما قاله بعد هذا في هذا الرسم قياساً على ما قالوا في المكاتب يقاطع سيده على حلي استرفعه أو ثياب استودعها أنه يرد في الرق ولا يعتق، وما في رسم العشور بعد هذا في مسألة الغرر من أنه إن كان قريباً لم يمنع من أهله وكان ذلك ديناً يتبع به معناه عندي أنه لا يمنع من أهله إذا رضيت أن تبيح له التمادي على وطئها على أن تتبعه بمهرها، وقد كان الشيوخ يحملون ذلك على ظاهره من أنه ليس لها أن تمنعه من التمادي على وطئها إذ قد فات الأمر بالدخول بها، وقال ابن المواز معناه إن بقي بيدها من صداقها ربع دينار فأكثر، وأما إن لم يبق من صداقها بيدها شيء فلها أن تمنعه نفسها حتى يعطيها ربع دينار، وذلك كله بعيد في المعنى، إذ لا فرق بين أن يغرها بما يدفعه إليها مما لا شبهة له فيه وبين أن يغصبها نفسها، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسئل مالك عن امرأة زوجها غير ولي ابن عم له

وأشهدت له على ذلك ووليها قريب يعرفون مكانه، فقال له مالك: أدخل بها؟ فقال: نعم، قال: فالذي تزوجها كفؤ؟ قال: نعم، قال مالك: أرى تدع هذا وتدع الكلام فيه، كانت في الناس حطمة، وتقول أصابتني الضيعة، وتزوجها كفؤ فلا أرى أن تتكلم في هذا.

قال محمد بن رشد: مذهب مالك رحمه الله في رواية أشهب عنه أن لا يزوج الأجنبي الشريفة ولا الوضيعة خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك في أن للمرأة الدنية والمسكينة أن تستخلف رجلًا أجنبيًّا يعقد نكاحها فرأى إجازة النكاح لما وقع للحطمة التي كانت في الناس وما خشي على المرأة بسبب ذلك من الضيعة على أصله في مراعاة الخلاف لا سيما وقد اختلف في ذلك قوله، ونحو هذا أيضاً في سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمن نكح إلى قوم بخادم فأبوا أن يدخلوها عليه حتى يعطيهم الخادم، فذهب فاستعار خادماً فأعطاهم إياها ودخل على امرأته ثم علموا بذلك فقال: ترد الخادم إلى أهلها ويحال بينه وبين امرأته حتى يعطيها مهرها، وكذلك المكاتب يأتي بحلي استرفعه أو سرقه أو ثياب فيقاطع سيده ثم يؤخذ ذلك منه، أيعتق هذا هكذا بالباطل؟ لا يؤخذ الحق بالباطل.

قال محمد بن رشد: لا يختلف في أنه يحال بينه وبينها في هذه المسألة لأنه قد غرها بخلاف المسألة المتقدمة، ويريد بمهرها ها هنا الخادم التي تزوجها عليها على صفة ما وصفوا، ولو تزوجها على خادم بعينها فاستحقت لكان لها صداق مثلها، وقد مضى القول على ذلك قبل هذا في هذا الرسم، ويريد بقوله إن المكاتب لا يعتق إذا قاطع سيده بما لا شبهة له في ملكه أنه يرد مكاتباً كما كان قبل انقطاعه، ولا اختلاف في هذا، وإنما اختلف إذا قاطع

سيده بما كان له في ملكه شبهة فاستحق، والقولان في المكاتب من المدونة.

مسألة

وسئل عمن تزوج امرأة على أنها طالق البتة إن خرج بها من بلدها إلا برضاها فخرج يطلب الزرع فأقام هنالك فأطال المقام فتحملت امرأته حتى قدمت عليه أترى عليه شيئاً؟ فقال: نعم، أرى ذلك عليه، هو الذي أخرجها، تركها عارية جائعة لا يبعث إليها نفقة ولا كسوة فأخرجها بذلك، فروجع في ذلك فقال: أرى ذلك عليه، إن شاء بعث إليها بنفقة، قيل له: إلا أن يكون من عذر سجن أو مرض أو حاجة، فقال أرى ذلك عليه، لو شاء بعث إليها نفقة.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في نوازل أصبغ من كتاب الأيمان بالطلاق، وحكى ابن سحنون عن أبيه أنه لا حنث عليه، وقول مالك أظهر لأن اضطراره إياها إلى الخروج إخراج، والحنث يدخل بأقل الوجوه، وأما إذا كان له عذر من مرض أو سجن أو حاجة فلا يجب أن يحنث، فقوله أرى ذلك عليه لو شاء بعث إليها نفقة، يريد إذا لم تكن الأعذار التي ذكرت من السجن والمرض والحاجة، والله أعلم.

مسألة

وسئل عمن يكسب مالاً حراماً فيتزوج به أتخاف أن يكون ذلك مضارعاً للزنا؟ قال: إني والله لأخافه، ولكن لا أقوله.

قال محمد بن رشد: وجه اتقاء مالك أن يكون فعله مضارعاً للزنا هو أن الله تعالى إنما أباح الفرج بنكاح أو ملك يمين، وقال رسول الله ﷺ: «لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيّ وَصَدَاقٍ»(٣٢) فنفى أن يكون نكاحاً جائزاً إلا على هذه الصفة،

(٣٢) انظر صحيح البخاري والسنن لأبي داوود والترمذي وابن ماجه والمسند لابن حنبل.

والمتزوج بمال حرام لم يتزوج بصداق إذ ليس المال الحرام بمال له، فإذا وطىء فيه فقد وطىء فرجاً بغير ملك يمين ولا نكاح أباحه له الشرح، وبالله التوفيق.

مَسـألة

وسئل: أترى حسناً أن يستأمر الرجل ابنته البكر؟ فقال إن ذلك لحسن، وإن فعل بغير إذنها فذلك له، وإني لأخاف أن يتراقى هذا بالناس في استئذان الأب ابنته البكر حتى يجري بين الناس ويمضي، وإن أخف الشأن أن يزوج ابنته حيث رجا لها النكاح، ولا يجوز عليها أمر ولي غير أبيها إلا بإذنها.

قال محمد بن رشد: استحسانه أن يستأمر الرجل ابنته البكر في النكاح صحيح جيد، إذ من أهل العلم من يرى أنه لا يجوز له إنكاحها إلا بإذنها فالخروج من الخلاف باستئمارها أولى، وليس صواباً هذا مما يخفى، وبالله التوفيق.

مَسـألة

وسألته عن الذي يواعد المرأة في عدتها ثم يتزوجها بعد انقضاء عدتها ويدخل بها، قال: أرى أن يفسخ في رأيي وتكون طلقة لما فيه من الشبهة احتياطاً ثم ينكحها نكاحاً جديداً، قلت له: أترى هذا مثل الذي ينكح المرأة في العدة ثم يدخل بها فلا يتراجعان أبداً؟ فقال: لا هذا ينكحها بعد أن يفسخ وإن كان مسها.

قال محمد بن رشد: أوجب الله تعالى العدة في الموت والطلاق حفظاً للأنساب وتحصيناً للفروج، ونهى عن النكاح فيها وعن المواعدة فقال: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾(٣٣) وقال: ﴿عَلِمَ الله أَنَّكُمْ

(٣٣) الآية ٢٣٥ من البقرة.

تَسْتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرّاً إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً﴾(٣٤) وهو التعريض. واختلف إذا واعد في العدة ثم تزوج بعدها فقيل إن النكاح يفسخ لأنه بني على المواعدة المنهي عنها وهي رواية أشهب هذه، وقيل إنه لا يفسخ إذ لم ينعقد في العدة، وهي رواية ابن وهب عن مالك في المدونة لأنه استحب الفسخ فيها ولم يوجبه، واختلف على القول بوجوب فسخه إذا لم يفسخ حتى دخل ووطىء، فقيل إنها لا تحرم عليه بذلك، وهي رواية أشهب هذه ورواية عيسى عن ابن القاسم في رسم الجواب من كتاب طلاق السنة، وقيل إنها تحرم عليه وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في رسم الرهون من هذا الكتاب إذا كان الوعد شبيهاً بالإيجاب. وأما إذا تزوج في العدة فلا اختلاف أن النكاح يفسخ، واختلف هل تحرم عليه للأبد أم لا على أربعة أقوال: أحدها أنها تحرم عليه بالعقد وإن لم يطأ، حكى هذا القول عبد الوهاب ولم يسم قائله، والثاني أنها لا تحرم عليه إلا بالوطء في العدة وهو قول المغيرة وغيره في المدونة ورواية عيسى عن ابن القاسم في طلاق السنة في رسم الجواب، والثالث أنها تحرم عليه بالوطء، كان في العدة أو بعدها، وهو قول مالك في المدونة وظاهر قول عبد العزيز فيها، والرابع أنها لا تحرم أصلاً وإن وطىء في العدة وهو قول ابن نافع وروايته عن عبد العزيز بن أبي سلمة. وأما القبلة والمباشرة بعد العدة فلا يقع التحريم بها باتفاق، واختلف إذا قبل أو باشر في العدة، فقيل إن ذلك بمنزلة الوطء فيها يقع بها التحريم، وهو قوله في المدونة وقيل إن التحريم لا يقع بذلك، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب طلاق السنة، قال: لأن الوطء بعينه فيه من الاختلاف ما فيه، فكيف إذا لم يطأ فهذا تحصيل القول في هذه المسألة.

مسألة

وسئل عن الذي ينكح وهو مريض أترى أن يقيم على ذلك النكاح إذا صح؟ فقال: لا أرى ذلك الآن، قلت له: أرأيت لو

(٣٤) الآية ٢٣٥ من البقرة.

نكح وهو مريض ثم ماتت أيرثها؟ فقال لا يرثها ولا ترثه، أنا أقول ليس ذلك النكاح بشيء فكيف يرثها؟ قال سحنون: هذه الرواية أفضل من رواية ابن القاسم، وسئل عنها سحنون فقال مثله، ورواها أصبغ عن أشهب وقال هو رأيي لم أزل أقوله وأردُّ خلافه، وقد ذكره ابن وهب عن مالك وليس رواية ابن القاسم عندي بشيء.

قال محمد بن رشد: قد حكى ابن القاسم عن مالك القولين جميعاً في النكاح الثاني من المدونة، وذكر أن الذي رجع إليه منهما أن يثبت النكاح إذا صح وأمره أن يمحو القول الأول، وإياه اختار ابن القاسم، وهو الأظهر، لأن المرض ليس بعلة في فساد النكاح إلا من أجل ما يخشى من الموت، ولو أمكن أن يعلم أنه لا يموت من ذلك المرض ويصح منه لجاز النكاح فيه، فإذا صح كشف الغيب بصحته أن النكاح وقع في حال يصح إيقاعه فيه فوجب أن يجوز، ووجه القول الأول أنه نكاح فسد لوقوعه في حال لا يصح إيقاعه فيه فوجب أن لا يصح بزوال تلك الحال، أصل ذلك المحرم لا يثبت نكاحه وإن لم يعثر عليه حتى حل من إحرامه، والذي يبيع أو يشتري بعد النداء يوم الجمعة لا يثبت بيعه وشراؤه إذا لم يفسخ حتى انقضت الصلاة على القول بوجوب فسخه، وليس ذلك بقياس صحيح لأن العلة ها هنا الإحرام وحضور الصلاة.ألا ترى أنَّا لا نجيز للمحرم النكاح وإن علمنا أنه سيحل منه ولا لمن تجب عليه الجمعة البيع في وقت صلاة الجمعة وإن علمنا أن الوقت المنهي عن البيع والشراء فيه سينقضي، فبان الفرق بين الموضعين. وأما قوله إنه لا يرثها فإنما يأتي على ما اختاره سحنون من أ ن كل نكاح كان الزوجان فيه مغلوبين على الفسخ فلا طلاق فيه ولا ميراث، وأما على ما اختاره ابن القاسم من أن الطلاق والميراث يكونان في كل نكاح اختلف الناس فيه فينبغي أن يرثها لأنه نكاح مختلف فيه لا سيما على قوله بأن النكاح يثبت إذا صح لذهاب العلة بالصحة لأنها تذهب أيضاً بالموت إذ لا يمكن أن ترثه هي بعد الموت، وأما

تعليله بأنه لا يرثها من أجل أنها لا ترثه فليست بعلة بينة إذ قد يطرأ على النكاح المتقرر بين الزوجين ما يمنع أحدهما الميراث دون صاحبه مثل أن يخالعها في مرضه، والله الموفق.

ومن كتاب الطلاق

قال: وسئل مالك عمن نكح امرأة في مؤخر المسجد ثم قام فلقيه رجل فقال له: كأنكم كنتم على إملاك؟ فقال: لا، فقال: أنا أكره كتمان ذلك، وأحب إلي أن يفشى، ولا أرى عليه في قوله شيئاً. .

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن النكاح يستحب فيه الإعلان، وقد استجيز فيه لعلة الإعلان من اللهو ما لا يستجاز في غيره، ومعنى قوله لا أرى عليه في قوله هذا شيئاً أي ليس عليه شيء له تأثير في النكاح لأن عليه فيه إثم الكذب المحرم في الشريعة إلا في مواضع معلومة على وجوه مخصوصة وبالله التوفيق.

مسألة

قيل له: أرأيت الذي يقول له رجل: ألك امرأة فيقول لا وله امرأة؟ فقال: لا أرى عليه شيئاً إذا كان على هذا الوجه.

قال محمد بن رشد: معنى قوله لا أرى عليه شيئاً أي لا أرى عليه طلاقاً، ومثل هذا في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى من كتاب العتق، وقال ابن القاسم في سماعه المذكور وعيسى في سماعه المذكور أيضاً إنه يحلف ما أراد بذلك طلاقاً وزاد ابن القاسم ويؤدب.

مسأله

وسئل عمن خطب امرأة وله امرأة كانت أم ولد له فسألوه أن

يطلقها فأبى وأبوا إلا ذلك فتركهم وأضرب عنهم حتى تزوج امرأة أخرى فصارت له امرأتان ثم رجع إليهم فخطبها فقالت لا أتزوجك إلا أن تطلق عني امرأتك تعني الأولى التي كانت سألته طلاقها فقال لها أنا أفعل، فلما قعدوا للإملاك قال: اشهدوا أن امرأتي طالق البتة إذا ملكت عقدة النكاح هذه وهو ينوي بذلك المرأة التي نكح أخيراً ولا يظنون هم إلا الأولى التي كانوا سألوه طلاقها، فلما بلغ القوم أنه لم يطلق عنهم التي كانوا سألوه، وأنه إنما طلق أخرى تزوجها ناكروه [ذاك](٣٥) فقال: أما النكاح فلا أرى أن يفسخ ولا أرى ما أراد إلا على ما أراد، فأرى عليه اليمين بالله الذي لا إله إلاّ هو ما طلق إلا هذه الآخرة، الناس ينوون في مثل هذا، وإنما مثل هذا رجل كانت له امرأة ليس له غيرها قد علم ذلك قوم ثم تزوج أخرى لم يعلموا بها فسألوه طلاق امرأته ولا يعلمون له إلا الأولى فقال: امرأتي طالق البتة، فهو ما أراد.

قال محمد بن رشد: جوابه في هذه المسألة على القول بأن اليمين على نية الحالف لا على نية المحلوف له، وهو قول مالك في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب النذور، وفي رسم البز من سماع ابن القاسم أيضاً من كتاب الأيمان بالطلاق، وهو قول ابن وهب في سماع عيسى وزونان من كتاب الأيمان بالطلاق، وقد اختلف في ذلك اختلافاً كثيراً حسبما مضى تحصيله في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب النذور وإيجابه اليمين عليه أنه ما طلق إلا هذه على القول في لحوق يمين التهمة، وقد اختلف في ذلك، فإن نكل عن اليمين طلقت عليه دون رد يمين، وقيل بعد رد اليمين، وأما الأخرى التي زعم أنه أرادها فتطلق عليه على كل حال بإقراره أنه أرادها.

---

(٣٥) إضافة من ق ١.

مسألة

قال: وسئل عن المتناكحين صغيرين ينكحهم الأولياء ثم يبلغ فينكر، قال: لا أدري، قيل: أفليس الميراث ثابتاً بينهما إذا ماتا؟ فقال: بلى لعمري، وسئل عن الذي يزوج وليته قبل أن تبلغ ثم تبلغ فلا ترضى، قال: أرى أن يفسخ ولا يجوز له أن ينكحها حتى تبلغ ما يبلغ النساء فيشاورها.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة مستوفى في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم، وتأتي في رسم لم يدرك من سماع عيسى وفي سماع أصبغ، والحمد لله.

مسألة

وسئل فقيل له: إني تزوجت امرأة فأذنت لي بالدخول عليها والسكنى والمبيت معها قبل أن أعطيها صداقها وأنفق عليها وأستقي لها ماء، فأنا أضطجع معها إلى جنبها في اللحاف وتمنعني نفسها حتى أعطيها صداقها وليس عندي، فقال له: ذلك لها، أرضها من مهرها، استعن عليها ببعض جاراتها، فأما النفقة عليها فذلك لها عليك.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال ان من حقها أن تمنعه نفسها حتى تأخذ صداقها وإن أذنت له بالدخول عليها والاضطجاع إلى جنبها إذ كان من حقها أن تمنعه من ذلك كله حتى يعطيها صداقها فلا يلزمها منه إلا ما أباحته له ورضيت به، وقوله استعن عليها ببعض جاراتها يريد في التأخير أو الهبة إلا في ربع دينار من ذلك، إذ يكره له مالك الدخول دون أن يقدم لها من الصداق ربع دينار على ما يأتي له بعد هذا فيمن نكح بدين أنه استحب له أن ينقد شيئاً قبل الدخول ومثل ما في آخر رسم استأذن ورسم أوصى من سماع عيسى، وقد أجاز ذلك ابن المسيب وغيره ولم يروا فيه كراهة، وهو معنى قول

الله عز وجل: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الفَرِيضَةِ﴾[٣٦] وهو عند مالك خفيف، وإنما كرهه من كرهه مخافة أن تهب له الصداق فيبقى البضع دون شيء، وأما قوله في النفقة إنها لها عليه فهو صحيح، إذ هي واجبة بحق الاستمتاع، فيلزمه إذا دعي إلى الدخول، وقد قيل إنها تجب بالعقد، والأول هو المشهور في المذهب والله الموفق للصواب.

مسألة

وسئل مالك عمن تزوج امرأة على أن لا يمنعها من المسجد فقال: ينبغي له أن يفي لها بما قال، ولا يقضى بذلك عليه، فإن أبى أن يدعها فذلك له، وله أن يمنعها.

قال محمد بن رشد: وكذلك ينبغي له أن لا يمنعها من المسجد وإن لم تشترط ذلك عليه لأنه مندوب إليه بقول النبي عليه السلام: «لَا تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللهِ مَسَاجِدَ اللهِ»[٣٧] وذلك عليه مع الشرط آكد لثلاثة أوجه: أحدها قول رسول الله ﷺ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تَفُوا بِهَا ما اسْتَحْلَلْتُم بِهِ الْفُرُوج»[٣٨] والثاني الوفاء بالعهد، إذ قد قال رسول الله ﷺ: «إن الخلف فيه من علامات النِّفَاقِ» والثالث مراعاة الاختلاف، إذ قد ذهب جماعة من العلماء إلى أنها واجبة يقضى بها، روي عن ابن شهاب أنه قال: كان من أدركت من العلماء يقضون بها لقول رسول الله ﷺ: «أَحَقُّ الشُّروطِ أن تَفُوا بِهَا مَا اسْتَحلَلْتُم بِهِ الفُرُوجَ» والشروط في النكاح على مذهب مالك تنقسم على قسمين: قسم لا يفسد به النكاح، وقسم يفسد به النكاح، فأما ما كان منها لا يفسد به النكاح مثل أن يتزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يخرجها من البلد ولا يمنعها من المسجد وما أشبه ذلك فلا يخلو من أن تكون مُطْلَقَةً أو مقيدة،

---

(٣٦) الآية ٢٤ من النساء.

(٣٧) هو في الصحيحين وفي سنن أبي داوود وسنن ابن ماجه وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.

(٣٨) هو في الصحاح الستة وفي مسند ابن حنبل.

فإن كانت مُطْلَقَةً غير مقيدة استحب للزوج الوفاء بها لقول رسول الله ﷺ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تَفُوا بِهَا مَا ٱسْتَحْلَلْتُم بِهِ ٱلْفُرُوجَ»، ولم تلزمه، وإن كانت مقيدة فلا تخلو من أن تكون مقيدة بتمليك أو طلاق أو عتاق أو تكون مقيدة بوضع بعض الصداق، فأما إن كانت مقيدة بتمليك أو طلاق أو عتاق فهي لازمة والنكاح جائز، وقيل إن النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويكون للمرأة صداق مثلها، وهو قول سحنون، وللخروج من هذا الخلاف تفقد الشرط عندنا في الصدقات على الطوع، وهذا إذا كانت التسمية في أصل العقد مع الشرط، وأما إن تزوجها نكاح تفويض على الشرط ثم سمى لها بعد ذلك الصداق فلا اختلاف في أن النكاح جائز والشرط لازم، وأما إن كانت مقيدة بوضع بعض الصداق فقد مضى ما في ذلك من الاختلاف في الرسم الذي قبل هذا فلا معنى لإعادته. وأما ما كان منها يفسد به النكاح فلا حد لها وبعضها أشد من بعض، من ذلك أن يتزوجها على أن لا ميراث بينهما أو على أن الطلاق بيدها أو على أن لا نفقة لها أو على أن الخيار لأحدهما وما أشبه ذلك مما الحكم فيه إذا وقع مذكور في مواضعه من الكتاب، وسيأتي على ذلك كله إن شاء الله الكلام، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمن نكح نكاح سر بلا شهداء أحب إليك أن يطلقها طلقة أو يدعها بغير طلاق ويفسخ منه؟ فقال: يطلقها طلقة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ثم يتزوجها.

قال محمد بن رشد: ليس الإشهاد من شروط صحة العقد، وإنما يجب عند الدخول، ومن تزوج ولم يشهد فنكاحه صحيح ويشهدان فيما يستقبلان إلا أن يكونا قصدا إلى الاستسرار بالعقد فلا يصح أن يثبتا عليه لنهي رسول الله ﷺ عن نكاح السر، ويؤمر أن يطلقها طلقة كما قال مالك رحمه الله لشبهة العقد ثم يستأنف العقد معها بعد أن تستبرىء نفسها بثلاث حيض إن كان قد دخل بها، هذا الذي يؤمر به في نكاح السر من أتى مستفتياً

فيه قبل الدخول وبعده، وأما من وجد مع امرأة في بيت فادعى أنه نكحح نكاح سر فيفرق بينهما بطلقة لإقرارهما على أنفسهما بالنكاح، ويحدان إن أقرا بالوطء إلا أن يكون الدخول فاشياً أو يكون على العقد شاهد واحد فيدرأوا الحدّ بالشبهة، واختلف إذا شهد على النكاح شاهدان وأمرا بالكتمان فقيل: ذلك من نكاح السر ويفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ ويكون فيه الصداق المسمى وهو المشهور في المذهب، وقيل النكاح صحيح لا فساد فيه فيثبت قبل الدخول وبعده، ويؤمر الشهود بإعلان النكاح وينهوا عن كتمانه، وإلى هذا ذهب يحيى بن يحيى، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن المرأة تزوج نفسها أو تزوجها امرأة أخرى فقال: أرى أن يفرق بينهما دخل بها أو لم يدخل، وأحب إلي أن تكون طلقة.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على ما اختاره ابن القاسم وأخذ به لرواية **العتبية**(٣٨م) عن مالك من أن الطلاق والميراث يكون في كل نكاح اختلف الناس فيه، ومثله في رسم العرية من سماع عيسى وغيره خلاف ما اختاره سحنون من أن كل نكاح كان الزوجان مغلوبين على فسخه فلا طلاق فيه ولا ميراث، وذلك كله في المدونة.

مسألة

قال: وسئل عن المرأة تنكح الرجل على أن لا يتسرر عليها ولا ينكح إلا بإذنها وإلا فأمرها بيدها فيسألها أن تأذن له فتفعل فيقيم يطلب النكاح ثم تنزع فتقول: قد رجعت فيما أعطيتك ولم يعقد نكاحاً ولا شيئاً، قال: ذلك يختلف إن كانت أشهدت إني قد

(٣٨م)كذا في الأصل وفي ق ١: (بلغته).

أبطلت عنه شرطي ووضعته له فذلك، وإن كانت أشهدت له في ذلك على امرأة واحدة فذلك له.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة مستوفى في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وسيأتي أيضاً في رسم باع شاة من سماع عيسى وفي سماع أصبغ هذا المعنى.

مسألة

قال: وسئل عمن نكح امرأة بدين إلى أجل فقال: إني لأستحب أن ينقد شيئاً، ولو فعل لجاز ذلك، ولكن أحب إليّ أن يقدم شيئاً.

قال محمد بن رشد: قد تقدم القول على هذا المعنى في هذا الرسم فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الدعوة إلى الوليمة فقال: أرى أن يجيب إلا أن يكون له علة من مرض أو غيره، قيل له: أرأيت إن أخر ذلك إلى يوم السابع ثم دعا أيجب ذلك على من دعي؟ فقال: إني أرى أن يأتي، وليس ذلك مثل الوليمة لأنه ربما جعل الرجل الوليمة والسابع، قلت: أرأيت الذي يوذن فيجيء فيقف ثم يستأذن وليست به علة ولا له حاجة؟ فقال: إني أرى أن يأتي فيبرك وينصرف، وإني ربما فعلت ذلك، قلت: أرأيت صاحب الوليمة يدعو إنساناً فيقول له: اذهب فانظر من لقيت فادعه، فيدعو الرجل، أهو في سعة من ترك إجابته؟ فقال: أرجو ألا يكون على هذا بأس أن لا يأتيها لأنه لا يعرفه بعينه ولم يتعمده.

قال محمد بن رشد: قد مضى في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم القول في وجوب إجابة الداعي إلى وليمة العرس خاصة وأنه لا سعة له في التخلف عنها إلا من عذر، وأنه في سعة من ترك الأكل فيها فلا معنى لإعادة شيء من ذلك. وإنما افترقت الوليمة من غيرها من الأطعمة في وجوب الإتيان إليها لقول رسول الله ﷺ لا بد للعرس من وليمة ولقوله لعبد الرحمان بن عوف أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ(٣٩) ولقوله: الوَلِيمَةُ حَقٌّ وَالثَّانِي مَعْرُوفٌ، والثَّالِثُ سُمْعَةٌ وَرِيَاءٌ(٤٠)، فإذا جعل الرجل الوليمة والسابع جميعاً كان حقاً على من دعي إلى الوليمة أن يأتي لأنه دعي إلى حقٍّ، وكان من دعي إلى السابع بخلاف ذلك إذ لم يدع إلى حق، وإنما دعي إلى معروف، فإن شاء أن يأتي وإن شاء أن يترك، وكذلك إن ترك الوليمة وفعل السابع لأنه ترك الحق وفعل المعروف، فلم يكن على من دعي إليه أن يجيب، وأما إن أخر الوليمة إلى يوم السابع فقال مالك: إني أرى أن يأتي ولم ير ذلك مثل الوليمة، قال: لأنه ربما جعل الرجل الوليمة والسابع، ووجه تعليله تخفيف الإتيان بأنه ربما جعل الرجل الوليمة والسابع هو أنه لما كان الرجل قد يجعلها جميعاً احتمل عنده أن يكون لم يؤخر الوليمة إلى يوم السابع، وإنما تركها وعمل السابع، ولو كان من عادة الناس في البلد ألا يولموا على أعراسهم إلا يوم السابع لوجب على من دعي إليها أن يأتيها لأنها هي الوليمة بعينها، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألته عن المرأة تنكح المحتاج قد عظمت حاجته فلا يجد ما ينفق عليها، ثم تطلب النفقة هل ترى عليه نفقة؟ قال: ما أمر الناس إلا أن عليه النفقة إلا أن يكون بعض هؤلاء السُّؤَّال الذين يطوفون على الأبواب فلا أرى لها عليه نفقة.

---

(٣٩) هو في الصحيحين وعند أبي داوود والترمذي وابن ماجه وفي موطأ مالك ومسند ابن حنبل.

(٤٠) هو عند الترمذي وابن ماجه وأبي داوود وفي مسند أحمد.

قال محمد بن رشد: وقع في بعض الكتب قد علمت حاجته، وما في الكتاب من قوله قد عظمت حاجته أصح في المعنى لأن النفقة لو كانت واجبة لها على المحتاج الذي قد علم احتياجه إذا لم يكن سائلاً لكان أحرى أن يجب لها عليه إذا كان سائلاً لأن مسكنة الذي ليس بسائل أشد من مسكنة السائل على ما جاء في الحديث من قول النبي ﷺ: «لَيْسَ ٱلْمِسْكِينُ بِهَٰذَا الطَّوَّاف الَّذِي يَطُوفُ عَلَى النَّاسِ»(٤١)، الحديث، وإنما لم يوجب لهاِ على السائل الذي يطوف على الأبواب نفقة لأن حاله مشهور، فحملها على العلم بذلك بخلاف الذي ليس بسائل، فيرجع معنى الرواية إلى أنها إذا تزوجته وهي تعلم أنه فقير لا يقدر على الإنفاق فلا نفقة لها عليه كان سائلاً أو لم يكن، وإلى أنها في السائل محمولة على العلم بحاله بخلاف الذي ليس بسائل، ويؤيد هذا التأويل قول ابن حبيب قال: وإذا تزوجته وهو فقير لا شيء عنده فقد عرفت أن مثله لا يجري النفقة على النساء فليس لها بعد ذلك قول، وفي المدونة من قول يحيى بن سعيد ما يدل على أن الفقير لا نفقة عليه لزوجته، ومعناه إذا علمت بفقره، وهو قوله: إذا تزوج الرجل المرأة وهو غني ثم احتاج فلم يجد ما ينفق عليها فرق بينهما، وقال أبو الحسن القابسي: إذا ترك السائل التطواف كانت لامرأته حجة وفرق بينهما، وقال محمد بن عبد الحكم على الزوج الإنفاق على كل حال وإن كان سائلاً يطوف بالأبواب، فرأى محمد بن عبد الحكم النفقة لها عليه واجبة وإن كانت مَسْكَنَتُهُ ظَاهِرَةً مشهورةً بِتطوافه على الأبواب، وهو أظهر، إذ قد يسأل وله مال، وقد يكون الفقير في الظاهر له مال في الباطن، فهي تقول: لولا أن له مالاً لم يتزوجني إذ قد علم أن على الزوج أن ينفق على زوجته، وأما إذا لم تعلم بفقره فلا اختلاف في أن لها النفقة عليه، فإن لم ينفق طلقت عليه، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسئل عمن خطب امرأة فواطأها على ستين ديناراً أصداقاً،

(٤١) هو عند مسلم والنسائي وفي الموطأ ومسند أحمد.

فلما أراد أن يتزوجها على ذلك قال له أبوها: هل لك أن نضع عنك عشرين ديناراً ونـزوجكها بأربعين ديناراً على أن لها ألا تخرج بها من المدينة؟ فقال: نعم، وتزوجها على ذلك. ثم أراد الخروج بها فقال: ذلك له ، وعليه العشرون ديناراً التي وضع من صداقها لمكـان الشرط، قيل له: إنه لم يقع النكاح بالستين، إنما كان مذاكرة، فقال: ولكن ذلك صداقها، وإنما الذي لا يكون له فيه شيء أن تقول: أتزوجك بمـائتي دينار أضع عنك مائة على أن لا تخرجني، فهذا ليس بصداق، وله أن يخرجها ولا شيء عليه، قيل له: أرأيت إذا واطأها على ستين ديناراً ثم وضعت له عشرين على أن لا يخرجها من بلدها ثم طلقها قبل أن يمسها أتأخذ منه نصف الصداق ثلاثين أم عشرين؟ فقال: لا بل لا تأخذ إلا عشرين، وليس لها في هذا حجة لأنه قد تركها على ما شرط لها ولم يخرجها، فليس لها إلا نصف الأربعين، قال: وإني لأرى الوفاء لمن شرط لامرأته أن لا يخرجها حسناً ينبغي له أن يفعل، ولا أرى ذلك عليه، وإني لأكره أن ينكح على مثل هذا ألا يخرجها من بلدها ولا يمنعها من داخل يدخل عليها، ولا يمنعها من حج ولا عمرة ولا من الخروج، إذا كان هكذا فهو لا يملكهـا ملكاً تاماً فأنا أكرهه كما أكره أن يشتري الرجل الجارية بشرط، وليس هكذا يكون النكاح.

قال محمد بن رشد: لم يختلفوا أن ما وضعت عنه بعد العقد من صداقها للشرط لها أن ترجع فيه إن لم يَفِ لها بالشرط، وجعل ها هنا ما وضعت عنه مما تواطأوا عليه وإن لم يتم العقد بمنزلة ذلك لها أن ترجع فيه إن لم يَفِ لها بالشرط، قال محمد بن المواز: وذلك إذا كان الزوج قد رضي بما توطأوا عليه، وأما إذا لم يكن من الزوج رضى إلا بما عقد بعضه ببعض فلا رجوع لها في شيء من ذلك، وقول محمد تتميم للمسألة وبيان لها، وهي مسألة صحيحة، والوجه فيها أنها لم ترض أن تتزوج بما دون الستين التي قد

رضي بها إلا على الشرط الذي شرطت عليه، فإذا لم يَفِ لها بالشروط رجعت عليه بتمام الستين التي قد كان رضي بها دون شرط، وقد مضى في هذا الرسم القول في وجه استحسان مالك أنّ مَنْ شرط لامرأته شرطاً لا يلزمه الوفاء به أن يفي به فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمن أراد الخروج بامرأته إلى موضع يزعم أنه أرفق به وتأبى امرأته أن تتبعه أذَلك له؟ فقال: كيف حاله لها قبل أن يريد الخروج بها ينظر إلى صلاحه وإحسانه إليها، ليس له أن يخرج بها إلى ثَمَّ ثُمَّ يطعمها شوك الحيتان.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إنه إذا كان محسناً إليها ومن أهل الصلاح حكم له بالخروج بها أحبت أم كرهت، وإن كان بخلاف هذه الصفة من الإساءة إليها والفساد في دينه لم يمكن من الخروج بها إذا أبت أن تخرج معه لما تخشى من إضاعته لها لقلة رغبته فيها، وهو محمول على ما يوجب الخروج بها حتى يعلم خلاف ذلك، هذا الذي يقتضيه ظاهر قوله في كتاب إرخاء الستور من المدونة، والحر في هذا بخلاف العبد على ما قاله ابن القاسم في رسم الجواب من طلاق السنة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الجنائز

قال: وسئل مالك عن المرأة تجعل في أطراف رأسها الصوف تمسك به المشط، قال: لا بأس بهذا، الشعر شعرها، لا بأس به.

قال محمد بن رشد: قوله: في أطراف رأسها معناه في أطراف شعر رأسها خرج مخرج قوله: وَاسْأَلِ القَرْيَةَ يريد أهل القرية، ومعنى قوله تمسك به المشط أي تستبقي به أثر المشط في رأسها، وهو الترجيل فتقيه بذلك من التشعث، فلم ير بذلك بأساً إذا كان الشعر شعرها لم تصله بشعر غيرها لأن

هذا هو الذي جاء فيه الحديث بلعن الواصلة والمستوصلة، وبالله التوفيق.

مسألة

وروى أشهب وابن نافع قالا: قيل لمالك: أرأيت إذا تزوجت المرأة وهي تريد التحليل لزوجها لذلك تزوجته إلا أن الزوج الذي تزوجها لم يرد ذلك ولم يعلم به أيحلها هذا النكاح لزوجها الأول؟ فقال: لا أرى بهذا النكاح بأساً، وأراه يحلها لزوجها الأول لأن المرأة ليس بيدها من هذا شيء، ليس تقدر على الطلاق، وقد تزوج المرأة النكاح الحسن وهي تحب أن ترجع إلى زوجها الأول، فلا أرى بهذا بأساً لأنه ليس إلى المرأة من الطلاق شيء، وليس ذلك بيدها.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن نية المرأة في نكاحها التحليل لزوجها لا يضرها ولا يؤثر في صحة النكاح ولا في وقوع التحليل إذ ليس بيدها من الطلاق شيء، ويدل على ذلك من الحديث قول النبي ﷺ لتميمة بنت وهب زوجة رفاعة إذ طلقها ثلاثاً فنكحت بعده عبد الرحمان بن الزبير فاعترض عنها فناشدته الطلاق فطلقها فأتت النبي ﷺ فأخبرته بذلك فقال ﷺ: «أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ لَا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ»(٤٢)، وكذلك المطلق لا تؤثر نيته في النكاح ولا في وقوع التحليل به إذ لا مدخل له في إمساك الزوج الثاني ولا في طلاقه، وقد قال ابراهيم النخعي والحسن البصري: إذا هم أحد الثلاثة بالتحليل فسد النكاح، وهو بعيد جداً، وإنما يعتبر في ذلك نية الزوج الذي الطلاق بيده، فإذا تزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثاً ونيته أن يحلها لزوجها احتساباً في ذلك وإن لم يكن بمواطأة بينه وبين الزوجة أو الزوج فهو نكاح فاسد لا تحل به المرأة لزوجها الذي طلقها بإجماع من مالك وأصحابه، قال ابن حبيب: وكذلك لو قال في

(٤٢) هو في الصحيحين وعند أبي داوود والترمذي والنسائي وابن ماجه وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.

نفسه: إن وافقتني أمسكتها وإلا كنت قد احتسبت في تحليلها كان نكاحاً فاسداً لم يحل له المقام عليه ولا تحل به المرأة لزوجها الأول إذا خالطت نية الزوج شيئاً من إرادة التحليل، واختلف في المذهب إذا تزوجها رجل قد كان حلف أن يتزوج على امرأته ليس يمينه هل يحلها هذا النكاح أم لا يحلها على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يحلها كانت تشبه مناكحه فيبرّ في يمينه أو لا تشبه مناكحه فلم يبرّ في يمينه لأنه نكاح صحيح لو شاء أن يقيم عليه أقام، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك، والثاني: أنه لا يحلها كانت مما يشبه مناكحه فيبر في يمينه أو ممن لا تشبه مناكحه فلا يبر، وهو قول ابن دينار وأحد قولي ابن كنانة، والثالث: الفرق بين أن تكون تشبه مناكحه أو ممن لا تشبه مناكحه وهو أحد قولي ابن كنانة، ومن أهل العلم من قال: لا بأس أن يتزوجها ليحلها إذا لم يعلم الزوجان بذلك، وهو مأجور على ذلك، وهو قول ابن القاسم وسالم وربيعة ويحيى بن سعيد. وأما عقد النكاح على التحليل فلا اختلاف بين أهل العلم أن ذلك لا يجوز، وهو داخل تحت اللعنة، روي أن رسول الله ﷺ قال: «لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ»(٤٣) من رواية علي وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة، وفي حديث عقبة: «أَلاَ أَدُلُّكُمْ عَلَى التَّيْسِ المُسْتَعَارِ؟ هُـوَ المُحَلِّلُ(٤٤)» وإنما اختلفوا في جوازه إذا وقع، فالذي ذهب إليه مالك وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم أنه نكاح فاسد لا يحل المقام عليه يفسخ قبل الدخول وبعده، ويكون فيه الصداق المسمى، وقيل: صداق المثل، ومن أهل العلم من أجاز النكاح وأبطل الشرط، وبالله التوفيق.

من سماع عيسى بن دينار من عبد الرحمان بن القاسم

من كتاب نقدها نقدها

قال عيسى: قال ابن القاسم في رجل تزوج امرأة فنقدها

(٤٣) هو في سنن الترمذي والنسائي وعند أبي داوود وابن ماجه في سننها وفي مسند ابن حنبل.

(٤٤) هو في باب النكاح من سنن ابن ماجه.

نقدها ثم أراد سفراً، فسأل أهـلها أن يدخلوا عليه امرأته فأجابوه، فلما كان العتمة أدخلت عليه جارية امرأته وامرأته ثيب، ثم سألوه أن يكف عن وطئها فقال: أنا أطأ امرأتي كل مملوك لي حر إن وطئتها الليلة وهو يشير إلى الجارية يظن أنها امرأته، ثم إنه وطئها تلك الليلة، فلما دخل عليه أهله إذا الجارية لاامرأته، فلما مضى لهم نـحو من شهر إذا الجارية قد حملت وعليه لامرأته كل امرأة يتزوجها فهي طالق وكل جارية يتخذها فهي حرة وأمرها بيدها، قال ابن القاسم: أرى أن رقيقه أحرار ويلحق به الولد ولا تقوم الجارية عليه، ولا حدٌّ عليه ولا على الجارية، ولا طلاق عليه في امرأته ولا تمليك لها لأنه لم يطأ جارية يملكها، ولا تمليك لها. وإن كانت المرأة لم تعلم بأمر الجارية وإنما أهلها صنعوا ذلك بغير علم منها رجعت على الزوج بقيمة الولد، ولم يرجع الزوج على الذين غروه ودلسوا له بشيء لأنه لا يكون أسوأ حالاً من الذي يغتصب الجارية فيبيعها فيتخذها المشتري أم ولد فيستحقها صاحبها فيأخذها ويأخذ قيمة ولدها، والمشتري لا يرجع على المغتصب بأكثر من الثمن الذي دفع إليه ولا يرجع عليه بما أدى من قيمة ولدها، وإن كان ذلك بعلم من المرأة فلا شيء لها عليه من قيمة الولد ولا تقوم عليه الجارية إلا أن يشاء هو ذلك، قيل: فإن لم تكن الجارية أخرجت إليه إلا أنهم سألوه أن يكف عن وطئها قبل أن يخرجوها فحلف بمثل تلك اليمين وليست هي حاضرة ثم أخرجت إليه فلا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: قوله: أرى أن رقيقه أحرار خلاف قوله في أول هذا الرسم من كتاب الأيمان بالطلاق في الذي مرت به امرأة في ظلمة الليل فوضع يده عليها وهو يظن أنها امرأته، فقال لها: أنت طالق إن وطئتك الليلة وهو يرى أنها امرأته ثم وطئها تلك الليلة فقال: لا شيء عليه لأنه وطيء غير امرأته لأنه حلف أن لا يطأها وهو يشير إلى الجارية وهو يظن أنها امرأته،

والقولان قائمان من كتاب العتق الأول من المدونة في الذي دعا عبداً له يقال له ناصح ليعتقه فأجابه مرزوق فقال له: أنت حر وهو يظنه ناصحاً، والأظهر أنه لا شيء عليه في رقيقه فيما بينه وبين الله تعالى على ما قاله في مسألة العتق ولا في القضاء والحكم أيضاً إذا ثبت البساط المذكور في المسألة. وقوله: ولا تقوم عليه الجارية خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون في الذي يزوج الرجل ابنته فيحبسها ويبعث إليه بأمته فيصيبها من أنها تقوم عليه لأنه وطئها على شبهة درأ بها عنه الحد بمنزلة الذي يحل له الجارية، وقول ابن القاسم أظهر لأن الذي حللت له الجارية فعل ما لا يجوز له لمن وطئها فكان ذلك منه رضى بالتزام قيمتها، وهذا لم يتعد في وطء هذه الجارية وإنما وطئها وهو يرى أنها امرأته، فوجب أن لا يكون عليه في ذلك شيء من حد ولا قيمة لقول النبي عليه السلام: «تَجَاوَزَ الله لِأُمَّتِي عَنِ الخَطَإِ وَالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»(٤٥)، ولم ير على الجارية حداً لأنه عذرها بالملك فجعلها من أجله في حكم المكرهة على أصله في سماعه من كتاب الحج في المحرم يطأ جاريته وهو محرم أن عليه أن يحجها ويهدي عنها أكرهها أو لم يكرهها، قال: وليست الأمة في الاستكراه مثل الحرة، وقال ابن الماجشون: إنها تحد إلا أن تقول لم أعلم وظننت أنكم زوجتموني منه، وعلى الذي أدخل عليه الجارية النكال الموجع من الإمام، وسائر ما ذكر في المسألة صحيح بَيِّن المعنى لا اختلاف فيه ولا إشكال في شيء من معانيه، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الذي يصيبه البرص أيفرق بينه وبين امرأته؟ قال: إن جاء من ذلك أمر ضرر يعرف أنه لا يستطاع أن يقام عليه فرق بينه وبينها. وإن كان خفيفاً فليس ذلك لها، والبرص عند ابن القاسم خفيف، قال ابن القاسم: وأما الجذام البيِّن فإنه يفرق بينه

(٤٥) هو في الستة الصحاح وفي مسند ابن حنبل.

وبينها، وكذلك قال مالك.

قال محمد بن رشد: قد مضى في رسم البز من سماع ابن القاسم القول في حكم البرص يقربه أحد الزوجين أو يحدث به بعد العقد فلا معنى لإعادة ذلك، وأما الجذام البين فسواء كان بالزوج من قبل العقد أو حدث به بعد العقد فيما يجب للزوجة من أن يفرق بينها وبينه، فإن فرق بينهما قبل الدخول لم يكن لها شيء من الصداق، وإن فرق بينهما بعد الدخول كان لها جميع صداقها، وإن رُجِيَ بُرْؤُهُ لم يفرق بينهما إلا بعد أن يضرب له أجل لعلاجه، قاله ابن القاسم في المدونة. ولأشهب في سماع زونان أنه لا يفرق بينهما إلا أن يكون متفاحشاً لا يحتمل النظر إليه وتُغض الأبصار دونه، ومعنى ذلك إذا كان حادثاً فلا اختلاف في وجوب التفرقة بينهما بالجذام الذي يكون بالزوج، قبل العقد إذا كان بَيِّناً وإن لم يكن متفاحشاً،فإن رضيت بالمقام معه ثم أرادت بعد ذلك القيام عليه ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أن ذلك ليس لها إلا أن يزيد، وهو قول ابن القاسم في رسم الجواب بعد هذا، والثاني: أن ذلك ليس لها وإن زاد، وهو دليل قول ابن وهب في سماع زونان قوله فيه إنه يفرق بينهما وإن لم يكن مؤذياً ولا فاحشاً لأنه يزيد ولا تؤمن زيادته وانتقاصه، والثالث: أن ذلك لها وإن لم يزد، وهو ظاهر قول أشهب في سماع زونان، قاله في الفاحش على أصله في أنه لا يفرق بينهما إلا فيه، وأما إذا كان الجذام بالمرأة، فإن كان قديماً قبل العقد كان للزوج ردها به إذا كان بَيِّناً وإن لم يكن فاحشاً، وإن كان حادثاً بعد العقد فهي مصيبة نزلت بالزوج، إن شاء طلق ويكون عليه نصف الصداق قبل الدخول وجميعه بعد الدخول، وإن شاء أمسك. وأما الجنون بالزوج فسواء أيضاً كان به قديماً قبل العقد أو حادثاً بعده من حق الزوجة أن يفرق بينه وبينها به بعد أن يضرب له أجل سنة لتداويه، قيل: وإن كان يعفيها من نفسه ولا يخاف عليها منه، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في رسم باع شاة من سماع عيسى بعد هذا. وقيل: بل إذا كان لا يعفيها من نفسه ويخاف عليها منه، وهو قول ابن وهب وأشهب في سماع زونان وقول ربيعة في النكاح الثاني من المدونة، فإن فرق

بينهما قبل الدخول لم يكن لها شيء من الصداق. وأما الجنون بالمرأة فإن كان قديماً قبل العقد كان للزوج ردها به، وإن كان حادثاً بعده فهي مصيبة نزلت بالزوج، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك، ويكون عليه نصف الصداق قبل الدخول وجميعه بعد الدخول، والحمد لله.

مسألة

وسئل مالك أيتزوج الرجل الحر أمة وهو يجد طولاً؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: قال ابن القاسم بعد هذا [في هذا](٤٦) الرسم: لا بأس أن يتزوجها وإن كان لا يخاف على نفسه عَنَتاً وهو واجد لِلطَّوْلِ، وهو المشهور عند ابن القاسم، والمشهور عن مالك أنه لا يجوز له أن يتزوجها إلا مع عدم الطول وخوف العنت، وهذا الاختلاف جَارٍ على الاختلاف في القول بدليل الخطاب، فمن رأى القول بدليل الخطاب لم يبح نكاح الأمة للحر إلا بالشرطين، ومن لم ير القول به أباح ذلك له دون الشرطين، والعلة في المنع من ذلك إلا بالشرطين عند من رأى القول بدليل الخطاب الكراهة للحر في أن ينكح نكاحاً يرق فيه ولده، فعلى هذا إذا تزوج الحر أمة من يعتق عليه ولده منها أو كان ممن لا يولد له كالحصور وشبهه جاز نكاحه مع عدم الشرطين لعدم علة المنع قولاً واحداً كالعبد، فعلى القول بأن الحر يتزوج الأمة وإن كان واجداً للطَّوْل آمناً من العنت لا كلام للحرة إن تزوج الأمة عليها أو تزوجها على الأمة لأن الأمة على هذا القول من نسائه كالعبد، هذا الذي نزل عليه ألفاظ المدونة. وقد تأول أبو إسحاق التونسي أن الحق في ذلك للحرة على كلا القولين جميعاً سواء، وهذا إنما يصح على قول ابن الماجشون الذي يرى الخيار للحرة إذا تزوج العبد عليها الأمة أو تزوجها على الأمة، وقد اختلف على القول بالمنع إلا مع الطول في الطول ما هو؟ فقيل: الصداق والنفقة، وقيل:

(٤٦) ما بين العلامتين إضافة من ق ١.

الصداق وحده طَوْلٌ وإن عجز [أيضاً](٤٧) عن النفقة، واختلف أيضاً في الحرة تكون عنده هل هي طَوْلٌ تمنعه من نكاح أمة، واختلف على القول بأنها طَوْلٌ إن تزوج أمة ثم وجد طولاً، فقيل: إنه يفارق الأمة ويتزوج حرة، وقيل: بل يبقى معها إلا أن يتزوج حرة فيفارقها، وقيل: بل يبقى معها وإن تزوج حرة لأنه قد تقدم تزويجه إياها بوجه جائز، وأما إن ذهب عنه خوف العنت بتزويج(٤٨) الأمة فليس عليه مفارقتها قولاً واحداً، وبالله التوفيق.

مَسْـألة

وسئل عن المرأة البكر أو غير البكر تعطي الرجل دنانير على أن يتزوجها بها، قال: إن كانت ثَيِّباً فزادها على ما أعطته ربع دينار فصاعداً فلا بأس به، وإن كانت بكراً فسخ النكاح إلا أن يتم لها الصداق، إذا لم يدخل بها [لأن أصل النكاح صحيح] وأما إذا دخل(٤٩) بها ألزم الصداق وكان لها صداق مثلها، رجع ابن القاسم ثم قال: النكاح ثابت دخل بها أو لم يدخل، وإن كانت بكراً كان عليه أن يعطيها من ماله مثل الذي أصدقها من مالها، وإن كانت ثَيِّباً فأعطاها من ماله ربع دينار لم يكن عليه أكثر من ذلك.

قال محمد بن رشد: أما الثيب فإن زادها على ما أعطت ربع دينار فأكثر جاز النكاح لأنها مالكة أمر نفسها فعطيتها له جائزة، والرضى بالصداق إليها، فقد رضيت بما زادها على ما أعطته صداقاً، وإن زادها أقل من ربع دينار على ما أعطته كان بمنزلة من تزوج بأقل من ربع دينار يكون مخيّراً على مذهب ابن القاسم في المدونة قبل الدخول بين أن يتم لها ربع دينار أو يفسخ النكاح، ويلزمه بعد الدخول تمام ربع دينار، ويفسخ قبل الدخول ويثبت

(٤٧)ساقط من ق ١.
(٤٨) في ق ١: (فتزوج).
(٤٩) إضافة من ق ١.

بعده بصداق المثل على قول غيره فيها، وإن لم يزدها شيئاً إن كان الذي أعطته أكثر من الذي زوجها به كان بمنزله من نكح على أنه لا صداق عليه يفسخ قبل الدخول وبعده كالموهوبة، وقيل: يفسخ قبله ويمضي بعده بصداق المثل على حكم النكاح الفاسد لصداقه، وأما البكر فسواء زادها على ما أعطته شيئاً أو لم يزدها لا يجوز ذلك له لأنها مولى عليها لا تجوز عطيتها، واختلف قول ابن القاسم فيها يلزمه، فَمرَّةً قال: النكاح ثابت لا خيار له فيه دخل أو لم يدخل، ويؤخذ منه من ماله مثل ما كان أصدقها من مالها، ووجه ذلك أنها قد استحقت ما كان أصدقها فوجب أن ترجع عليه بمثله، كالعبد يعطي الرجل دنانير ليشتريه بها من سيده فيشتريه ولا يستثنى [من](٥٠) ماله، وهو قوله الذي رجع إليه ها هنا، ومثله بعد هذا في سماع سحنون، ومرة قال: إن كان قبل الدخول كان مخيراً بين أن يعطيها من ماله مثل ما كان أصدقها من مالها وبين أن يفسخ النكاح، وإن كان بعد الدخول كان لها صداق مثلها، ووجه هذا القول أن أصل النكاح صحيح لأنه لم يقع إلا بصداق غير أن الزوج لو علم أن العطية لا تمضي له لم يرض أن يبذل هذا الصداق من ماله، فلا يلزمه بعد الدخول إلَّا صداق المثل، ويفسخ النكاح قبل الدخول إلا أن يرضى أن يعطيها من ماله مثل ما كان أصدقها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل تكون له المرأة فيخطب فتأبى عليه إلا أن يجعل طلاقها في طلاق صاحبتها فيرضى فيدخل بها ثم يطلق الأولى، قال: إن كان إنما أراد طلاقها في طلاق صاحبتها أنه إن طلقها فصاحبتها طالق فلا شيء عليه إن طلق الأولى، وإن لم تكن له نية فهما جميعاً طالقتان لأن المرأة إذا تزوجت إنما تشترط أنك إن طلقتني فصاحبتي طالق، فهذا وجه ما يعرف، فإن كان هذا الذي أراد فلا شيء عليه، وإن لم ينو شيئاً من ذلك فهما جميعاً طالقتان.

(٥٠) ساقط من ق ١.

قال محمد بن رشد: حمل يمينه على ما يقتضيه اللفظ إذا لم تكن له نية ولم يراع المعنى الذي هو معروف من قصد المرأة في شرطها، وهذا أصل مختلف فيه، والأظهر مراعاته، فيجب على ذلك إن لم تكن له نية ألا شيء عليه وأن لا يكونا جميعاً طالقتين إلا أن يكون أراد أنه إن طلق صاحبتها فهي طالق، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل الحر الذي لا زوجة له أينكح الأمة وهو يجد طَوْلاً لحرة أو لا يجد ولا يخاف على نفسه عنتاً، قال: لا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة قبل هذا في هذا الرسم، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل تزوج أمة على أنه إن تزوج عليها أو تسرر فأمرها بيد مولاها فهلك مولاها، قال: ما أرى بيدها شيئاً وأرى ورثته بمنزلته أو وصيه إن كان ورثته صغاراً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة لأن الشرط يورث في الأمة إذا جعله إلى مولاها بخلاف الحرة لأن الأمة ملك، فإذا جعل الأمر بيد مولاها فمولاها كل من انتقل إليه الملك بميراث، وكذلك كل مشيئة تكون في ملك فهي تورث، ولو جعل الأمر بيد غير مولاها فهلك لم يكن بيد ورثته من ذلك شيء، ولرجع الأمر إليها لأن الشرط إنما أخذ لها على معنى ما حكى ابن القاسم عن مالك في كتاب بيع الخيار من المدونة إذا جعل الأمر بيد الأمة فماتت وإن كان لم يتبين ذلك منه، ولو أوصى بذلك إلى أحد لجازت وصيته بذلك، قاله مالك بعد هذا في رسم استأذن. وفي كتاب بيع الخيار من المدونة

خلاف [هذا من][٥١] رواية علي بن زياد عنه فيه، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك في أمة تحت حرّ ولدت أولاداً له وأرادوا بيعها وولدها فقال زوجها: أنا آخذها، قال مالك: أنا أرى أنه أحق بها بما أعطوا بها لأن في ذلك خيراً يعتق ولدها ولا أرى به بأساً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن الزوج إذا أراد أن يأخذهم بالثمن الذي أعطوا بهم فبيعهم من غيره بذلك الثمن إضرار بالولد في غير منفعة تصير إليهم، فلا يمكنون من ذلك إذ لا مضرة عليهم في بيعهم من الزوج ولا منفعة لهم في بيعهم من سواه، ولو باعوها وحدها دون ولدها لم يكن أحق بها بما يعطى فيها إلا أن تكون حاملاً إذ لا تكون له أم ولد إذا اشتراها وإن كانت قد ولدت منه قبل الشراء إلا أن يشتريها وهي حامل منه، وفي ذلك اختلاف قد روي عن مالك أنها لا تكون له أم ولد حتى يكون أصل الحمل بعد الشراء. ومثل هذا في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب العتق وفي غيرما موضع، وكذلك يجب في كل شيء مشترك لا شفعة فيه إذا باع بعض الأشراك أنصباءهم أن يكون لمن بقي منهم أن يأخذ ذلك بالثمن الذي يعطى فيه ما لم ينفذ البيع، والله الموفق.

ومن كتاب أوله
استأذن سيده في تدبير جاريته

قال: وسألت ابن القاسم عن رجل ملك ابنته رجلاً فسأله أن يخلي له مع امرأته، فقال له الأب: نعم، فذهب أبوها إلى رجل فسأله ابنته أن يخليها مع ختنه ففعل فخلا بها فافتضها، قال: إن كانت طاوعته ضربت الحد ولا صداق لها، وإن كان استكرهها كان لها

(٥١) إضافة من ق ١.

الصداق على أبوي الجارية المملكة إلا أن لا يكون عندهما شيء فيكون ذلك لها على الذي افتضها إن كان موسراً ويتبع هو أبوي الجارية، وعلى أبوي الجارية المملكة وأبوي الجارية المستكرهة النكال على كل حال.

قال محمد بن رشد: قال في المدونة: إن الصداق على الذي افتضها ويرجع الذي افتضها على الذي غره، وهو القياس، وما هنا استحسان لأنا إذا قضينا لها بالصداق على الذي افتضها أعدينا الذي افتضها بذلك على الذي غره، فالقضاء لها بالصداق على الغار أولى من أجل أنه أقل عناء[٥٢]، والذي يوجبه النظر الصحيح أن تكون مخيرة في اتباع من شاءت منهما لأن الذي افتضها غريمها والغار غريم غريمها، فلها أن ترجع عليه بما لغريمها أن يرجع عليه، وسائر قوله في المسألة صحيح لا وجه للقول فيه، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل ينكح ابنته رجلاً ويشترط عليه إن تزوج عليها فأمرها بيدها، وذلك من صداقها، فتضع المرأة صداقها عن زوجها، هل ترى الشرط قد وضع عن زوجها بوضع الصداق عنه؟ وهل للمرأة قضاء في ذلك الشرط مع أبيها ما كان حياً؟ أو هل للأب أن يسنده إلى أحد إذا مات؟ أو هل بيد المرأة من ذلك الشرط شيء إن لم يسنده أبوها إلى أحد؟ قال ابن القاسم: أما قولك ذلك من صداقها فذلك باطل ولا يوضع عنه الشرط بوضع الصداق وذلك بيد أبيها، فإن تزوج فأراد الأب أن يطلق وأرادت هي الإقامة مع زوجها نظر في ذلك، فإن كان الذي أرادت من ذلك هو حظها وهو خير لها لم يكن للأب أن يطلق، وإن كان الذي أراد أبوها من الفراق هو حظها وهو خير لها كان القضاء

(٥٢) كذا بالأصل وبموضعها من ق ١ كلمة تعذرت قراءتها.

في ذلك، قضاء أبيها ولم يقبل لها قول، لأني سمعت مالكاً يسأل عن الرجل يجعل أمر امرأته بيد أبيها إن لم يأت إلى أجل سماه، فحل الأجل ولم يأت فأراد أبوها أن يطلق، وقالت المرأة: لا أحب فراق زوجي فقال مالك القول في ذلك قولها، ويمنع أبوها من الفراق، وإن مات أبوها وأسند ذلك إلى أحد كان ذلك له وكان في ذلك بمنزلة أبيها، قال: وإن مات ولم يسنده إلى أحد فليس بيدها من ذلك شيء، وفي سماع [أبي محمد][٥٣] يحيى قال ابن القاسم: وإن طلق الأب قبل أن يمنعه السلطان مضى الطلاق، وإن طلق بعد منع السلطان فلا يجوز.

قال محمد بن رشد: قال ابن القاسم في الذي اشترط على زوج ابنته إن تزوج عليها فأمرها بيدها إنه إن تزوج عليها فأراد الأب أن يفرق بينهما وأرادت هي البقاء مع زوجها إن السلطان ينظر في ذلك، فمن رأى الحظ في إرادته منهما كان القضاء قضاءه الأب كان أو الابنة، ولم يقل كما قال مالك في الذي جعل أمر امرأته بيد أبيها إن لم يأت إلى أجل سماه إنه إن لم يأت إلى الأجل فأراد الأب أن يفرق بينهما وأرادت هي البقاء مع زوجها إن القول في ذلك قولها ويمنع أبوها من الفراق، والوجه فيما ذهب إليه إنه جعل لاشتراط الأب على زوج ابنته أن أمرها بيده إن تزوج عليها حقاً فلم ير أن يخرج من يده إلا بنظر السلطان لأنه يقولُ أنا أعلم أنه إنما تزوج عليها إرادة الإضرار بها من حيث لم تعلم هي، ولذلك شرطت أن أمرها بيدي فوجب أن ينظر السلطان في ذلك، بخلاف جعل الزوج ذلك بيده دون أن يشترط عليه، لأنه إذا لم يشترطه عليه فإنما فعله لزوجته لا له، فكانت أحق بالقضاء في ذلك منه، والله أعلم، ولا فرق بين المسألتين إلا من جهة الشرط. وقوله: إنه إن مات فأسند ذلك إلى أحد كان ذلك له هو مثل ما له في كتاب بيع الخيار من المدونة خلاف رواية علي بن زياد عنه في ذلك فيه،

(٥٣) ساقط من ق ١.

وقوله: وإن مات ولم يسنده إلى أحد فليس بيدها من ذلك شيء خلاف ما حكى عنه ابن القاسم في كتاب بيع الخيار من المدونة لأنه قال فيه: فكأني رأيت مالكاً رأى ذلك لها، أو قال ذلك لها ولم أتبينه(٥٤)، وبالله التوفيق.

مسألة

قال عيسى: قلت له: فلو كان فرض مائة دينار أو نحوها فدخل بها قبل أن يقدم إليها شيئاً، أيحال بينه وبين وطئها حتى يقدم إليها أدنى ما ينكح به؟ فقال: يقال أعطها ربع دينار ولا يجتنب مسيسها بعد أن دخل بها.

قال محمد بن رشد: قوله: يقال أعطها ربع دينار ولا يجتنب مسيسها بعد أن دخل بها كلام متناقض فليس على ظاهره، ومعناه: الإنكار أن يكون عليه أن يعطيها ربع دينار قبل أن يعود إلى مسيسها، وتقديره: أيقال له أعطها ربع دينار وهو ليس عليه أن يجتنب مسيسها أي ليس يقال له ذلك، وكذلك في سماع أبي زيد أن ذلك يكون ديناً عليه ولا يكف عن وطئها، ومحمد بن المواز يرى الوطء الثاني كالأول فيكره له التمادي على الوطء حتى يعطيها ربع دينار [ولها عنده أن تمنعه نفسها حتى يعطيها ربع دينار](٥٥) وإن كانت قد أذنت له في الدخول عليها فدخل، وهو إغراق، لأن الدخول بها قبل أن يقدم إليها شيئاً من صداقها ليس بحرام، وإنما يكره مخافة أن تهب له بعد ذلك الصداق فيكون قد استحل فرجها بلا صداق، فإذا دخل فقد فات الأمر وذهب موضع الكراهية، ولو أذنت له بالدخول عليها قبل أن يدفع إليها من صداقها شيئاً لما كان له أن يدخل حتى يقدم إليها من صداقها ربع دينار، ولكان لها أن تمنعه من ذلك أيضاً لأن الكراهة في ذلك حق لله تعالى، فلا يلزمها الإذن فيما زاد على ربع دينار، وقد مضى هذا في رسم الطلاق الثاني

(٥٤) في ق ١: (أثبته).

(٥٥) ما بين العلامتين إضافة من ق ١.

والثالث من سماع أشهب، ويأتي في رسم أوصى ورسم يوصي ورسم العشور من سماع عيسى وفي سماع أبي زيد، وبالله التوفيق لا رب غيره ولا معبود سواه.

ومن كتاب العرية

قال ابن القاسم وسفيان بن عيينة: الفرق ثلاثة آصُعٍ.

قال محمد بن رشد: زاد في سماع أصبغ من كتاب الوضوء وهو الذي كان يتوضأ منه رسول الله ﷺ ويتطهر، وهو المعنى المقصود إليه، وقد مضى هنالك القول في صفته وتسميته ومبلغ ما يحمل من الماء ووجه تخريج ما يعارض ظاهره من الآثار في مقدار ما كان يتوضأ به رسول الله ﷺ ويغتسل مستوفى، فمن أحب الوقوف من ذلك على الشفاء تأمله هناك، ولا وجه لإعادته هنا إذ ذلك الموضع به أليق وأولى، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وكل من زوج ابنه في صحته فحمل عنه الصداق في ماله أوزوج ابنته في حياته أجنبياً أو قريباً فحمل صداقها في ماله ثم مات أن ذلك يكون في مالِهِ من رأس المال ولا يحاسب به الابن ولا الابنة في موروثهما منه ويحاصان الغرماء في الموت، وإن حمل ذلك عنهما في المرض لم يجز في شيء منهما من ماله وخُيِّر ابنه فإن شاء بنى وغرم الصداق، وإن شاء فارق ولا شيء عليه إذا لم يكن دخل، وإن دخل اتبع به ديناً، قلت: وكذلك الأجنبي الذي زوجه ابنته في مرضه وحمل عنه الصداق إن دخل غرم ، وإن شاء فارق ولا شيء عليه إذا لم يكن دخل؟ قال: نعم، وإنما هيج هذه المسألة ابن أبي حسان في رجل قال في مرضه لابن أخيه قد وصلتك بابنتي فإنه إن قبل زوج وخفف عنه من الصداق بقدر ما يرى مما أراد من التخفيف عنه.

قال محمد بن رشد: أما إذا زوج الأب ابنه أو ابنته في صحته أجنبياً أو قريباً وحمل عنهما الصداق في ماله فلا اختلاف في أن ذلك يكون لهما في رأس ماله إن مات ولا يحاسبان بذلك في ميراثهما ويحاصان به الغرماء في الموت والفلس كما قال، ومعنى ذلك في الدين المستحدث، وأما في الدين القديم فلا لأنه إذا كان عليه دين يغترق ماله فلا يجوز له أن يحمل صداقاً عن أحد لأنه من المعروف، والدَّين أحق من المعروف ومن الهبات. وأما إن زوج ابنه في مرضه وحمل عنه الصداق فمات من مرضه فلا اختلاف في أن ذلك وصية لا تجوز إلا أن يجيزها له الورثة ويخير، فإن شاء بنى وغرم الصداق، وإن شاء فارق ولا شيء عليه، وإن كان صغيراً نظر في ذلك له وليه أو وصيه بعد موت أبيه، قاله في المدونة. وقد قال مالك فيها فيمن يضمن الأب عن ابنه في مرضه لا يعجبني هذا النكاح، ووجه كراهته له ما دخله من الخيار، ووجه القول الأول أنه خيار لم ينعقد عليه النكاح، وإنما أوجبه الحكم، فلم يكن له فيه تأثير، وأما إن زوج ابنته في مرضه وحمل الصداق عن زوجها ففي ذلك اختلاف كثير جعل ذلك ههنا وصية للابنة فلم يجزها، وقال مطرف وابن الماجشون إنها وصية للزوج فتجوز له من ثلثه إن لم يكن وارثاً، ورويا ذلك عن مالك، وهو قول ابن وهب في سماع أصبغ وقول ابن القاسم في رواية أبي زيد، واختلف في ذلك قول أشهب على ما ألزمه أصبغ في سماعه من مسألة الذي يقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته، قال ابن الماجشون وهذا إذا كان الذي سمى لها وحمله عن زوجها صداق مثلها فأقل، وأما إن كان أكثر من صداق مثلها فالزائد على صداق مثلها وصية لها لا يجوز باتفاق إلا أن يجيزها الورثة، وروى ذلك أبو قرة عن مالك، وقاله عدة من أصحابه، فإن لم يجيزوا ذلك لها كان الزوج مخيراً بين أن يخرجه من ماله أو يترك النكاح، ولا يلزمه منه شيء، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل تموت امرأته فيرث ما تركت هو وولدها،

وكان ما(٥٦) تركت خادماً فتزوج امرأة فأصدقها تلك الخادم وأقامت في يديها سنين، ثم إنها تصدقت عليه بالخادم فأقامت بعد ذلك سنين هي له، ثم توفي فوجد له كتاب فيه ذكر الخادم أنها لولده من امرأته التي توفيت أو كتب بذلك في وصيته، هل ترى أنها لهم دون إخوتهم من أبيهم؟ قال: ليس لولده الذين ذكر في كتابه أنها لهم في الخادم شيء، وإنما لهم قيمتها يوم أصدقها امرأته.

قال محمد بن رشد: إنما يكون لهم قيمتها يوم أصدقها على ما قال إذا ثبت أنها لهم ببينة تشهد على ذلك أو على إقرار الأب لهم بها في صحته فيحمل قوله وجد له في كتاب فيه ذكر الخادم أنها لولده من امرأته على أحد وجهين، إما أن يكون الكتاب تضمن معرفة الشهود لذلك، وإما أنه تضمن إشهاده على نفسه بذلك في صحته، وأما إن لم يعلم ذلك إلا بأنه كتبه في وصيته في مرضه فلا يكون لهم بذلك شيء، إذ لا يجوز إقرار الرجل في مرضه لبعض ولده دون بعض إذا كانت حالتهم واحدة في البِرِّ بِهِ أو العقوق له على ما في سماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس، وإنما وجب لهم قيمتها يوم أصدقها امرأته لأنها قد فاتت بتزويجه بها على مذهبه ملياً كان أو معدماً ودخل بالمرأة أو لم يدخل بها، وستأتي هذه المسألة والقول فيها في رسم الجواب من سماع عيسى إن شاء الله.

مسألة

وعن امرأة وليت عقد نكاح جارية لها ثم إن الرجل طلق امرأته قبل أن يعلم أنه كان مفسوخاً ثم أراد أن يتزوجها، قال: إن كان طلقها البتة فلا ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره.

قال محمد بن رشد: هذا على ما اختاره ابن القاسم وأخذ به من قول مالك، وقد مضى هذا في آخر رسم من سماع أشهب، ومثله في المدونة

(٥٦) في ق ١: (وكانت قد تركت...).

وغيرها من قوله واختياره، وبالله التوفيق لا شريك له.

ومن كتاب يوصي

لمكاتبه بوضع نجم من نجومه

قال: وسألته عن المرأة تدعي على زوجها صداقاً مؤخراً إلى غير أجل قبل الدخول بها وتأتي على ذلك بشاهد يشهد أنه تزوجها بمائة دينار نقداً ومائة مؤخرة إلى موت أو فراق، فقال: أما إذا ادعت ذلك قبل البناء بها فلا يقبل قولها بشاهد واحد ولا تحلف معه إذا كان زوجها منكراً لذلك[٥٧] لأنها تدعي فسخ نكاح، فلا يجوز في الفسخ شاهد ويمينها، ولا يكون الفسخ إلا بشهادة شاهدين، لأنها وإن طلبت حقها فيما تزعم فإن ذلك الحق لا يثبت لها إلا بفسخ النكاح، فنحن لو قبلنا يمينها مع شاهدها فسخنا نكاحه ولم تتبعه بقليل ولا بكثير، وردت عليه ما أخذت منه إن كانت أخذت منه شيئاً لأن هذا النكاح إذا أدرك قبل الدخول بها فسخ، فلا تثبت لها المائة الآجلة التي ادعت إذا كان ذلك قبل الدخول بشاهد واحد مع يمينها ولا يثبت لها أيضاً بشاهدين لأنها لو أقامت شاهدين فسخنا النكاح بينهما، قال: وإن ادعت هذا الآجل بعد الدخول وأتت بشاهد قلنا النكاح قد ثبت، وقد فات موضع الفسخ، لأنه لا يفسخ مثل هذا النكاح بعد الدخول ولو شهد على ذلك العدول فقد فات منه موضع الفسخ، وإنما هي مدعية حق وليست مدعية فسخ نكاح، فهي تحلف مع شاهدها وتستحق صداق مثلها، فإذا حلفت قوم لها صداق مثلها فأعطيته إلا أن يكون الذي وصل إليها من العاجل أكثر من صداق مثلها فيكون ذلك لها ولا ترد منه شيئاً

---

(٥٧) في ق ١: (مكذباً بذلك).

ويسقط عن زوجها الآجل الذي عليه، وإن كان الذي وصل إليها أقل من صداق مثلها ألحقت بتمام صـداق مثلها نقـداً إن كان لصاحبها مال وإلا اتبعته [به](٥٨) ديناً.

قال محمد بن رشد: قوله: إنها لا تحلف مع شاهدها قبل الدخول على ما تدعي من أنه أصدقها مائة نقداً ومائة إلى موت أو فراق صحيحُ على المشهور في المذهب من أن النكاح يفسخ قبل الدخول على كل حال وإن رضي الزوج بتعجيل المائة التي إلى أجل مجهول أو رضيت المرأة بتركها، وأصبغ يقول إن النكاح لا يفسخ إذا رضي الزوج بتعجيلها أو رضيت المرأة بتركها، فعلى قوله يحلف قبل البناء مع شاهدها، وقد حكى ذلك ابن حبيب عنه. وظاهر قوله أنها إذا حلفت مع شاهدها بعد الدخول وكان صداق مثلها أكثر من المعجل والمؤجل فلها جميع ذلك، ومثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة عن مالك من رواية مطرف عنه و[عن](٥٩) ابن الماجشون، وهو ظاهر ما في المدونة في باب نكاح الشغار، وحكي عن ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ أنه إذا وجد صداق مثلها من المعجل والمؤجل فلا يزاد على مقدار المعجل والمؤجل كما لا ينقص من مقدار المعجل لأنه إذا عجل لها ما رضيت به إلى أجل فلا حجة لها، وقد قيل: إن لها صداق مثلها كان أقل من المائة أو أكثر من المائتين، وهو ظاهر قول أصبغ وأبي زيد في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يخطب امرأة وتحته امرأة أخرى فيقول وليها: لا أزوجك إلا على أن تطلق امرأتك، التي تحتكَ أو تجعل أمرها بيد صاحبتها، فيقول أشهدكم إذا دخلت على

(٥٨) إضافة من ق ١.

(٥٩) ساقط من ق ١.

صاحبتكم فأمر امرأتي التي تحتي بيدها، فزوجوه على ذلك ثم صالح امرأته التي تحته فتدخل عليه الأخرى وليست التي جعل أمرها بيدها تحته ولا في ملكه ثم يريد أن يتزوجها، قال: يتزوجها وليس من أمرها بيد امرأته قليل ولا كثير لأنه إنما قال: إذا دخلت على صاحبتكم فأمر امرأتي بيدها فقد دخلت وليست في ملكه، وهو بمنزلة من يحلف لغريم له بطلاق امرأته أن يوفيه حقاً له عليه إلى أجل فصالح امرأته قبل الأجل فحل الأجل وليست في ملكه فإنه لا يقع عليه حنث، وهو يتزوجها بعد الأجل إن شاء. قلت: وكذلك لو قال يوم تدخل عليّ صاحبتكم فامرأتي التي تحتي طالق البتة أو طالق واحدة أو اثنتين فصالحها ثم تدخل عليه الأخرى وليست في ملكه ثم يريد أن يتزوجها؟ قال: نعم، هو مثله، وله أن يتزوجها، ولا يلحقه طلاق لأنه من وجه التقاضي، قلت: ولا يكون مثل أن يقول إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق فيصالح امرأته فيدخل الدار ثم يتزوجها فتريد أن تدخل الدار؟ قال: ليس هذا مثله هذا إن عاد إلى دخول الدار بعد أن يتزوجها عاد عليه الطلاق ما بقي عليه من ذلك الطلاق شيء، لأنه فعل ذلك الفعل بعينه الذي حلف عليه وهي في ملكه، ولأن الذي قال يوم تدخل عليّ فامرأتي طالق فصالحها ودخلت عليه وهي ليست في ملكه فقد وقع الفعل وليست في ملكه، فليس يستطيع أن يعود إلى ذلك الفعل بعد أن تزوج هذه التي حلف فيها لأن الدخول عليه إنما هو مرة واحدة فقد دخلت عليه تلك المرأة وليست في ملكه، ولا يستطيع أن يعود إلى ذلك أكثر، وأن الذي حلف ألا يدخل دار عمرو بن العاص فهو يستطيع أن يعود إلى دخولها بعد أن يتزوجها لأنه فعل حلف عليه يستطيع أن يفعله متى شاء، وإن دخول المرأة إنما هو مرة واحدة فليس يستطيع أن تدخل عليه ثانية بعد أن تزوجها إلا أن يطلقها ثم

يتزوجها، وأما إن لم يطلقها فليست تستطيع أن تدخل عليه أكثر من تلك المرة التي دخلت والمرأة التي فيها اليمين ليست في ملكه فليس عليه فيها شيء وإن تزوجها بعد ذلك، وكذلك الذي حلف بطلاق امرأته إن دخلت دار عمرو بن العاص فصالح امرأته ثم دخل وأقام فيها ثم تزوج تلك المرأة ودخلت عليه في الدار فإنه لا يقع عليه طلاق حتى يخرج ثم تدخل، وأما ما أقام فيها معها فليس يقع عليه طلاق، وكذلك الذي يحلف بطلاق امرأته ألا يدخل الفسطاط فصالح امرأته تلك ثم دخل الفسطاط فتزوج تلك المرأة بالفسطاط وسكن معها بالفسطاط؟ قال: لا يلزمه يمين ولا يقع عليه حنث ما أقام بالفسطاط حتى يخرج من الفسطاط ثم يدخل، فإن خرج ثم دخل وقع عليه الطلاق، وقيل له: وكذلك الذي يحلف بطلاق امرأته إن ركب هذه الدابة فصالح امرأته وركب الدابة ثم تزوجها وهو على تلك الدابة؟ قال: إن لم ينزل حين تزوجها حنث، وليست الدابة ولا الثوب يلبسه مثل الدار لأنه لو أقام على الدابة راكب بعد التزويج فذلك فعل مبتدأ، وكذلك الثوب إن لبسه بعد أن راجعها حنث لأن إقرار الثوب عليه بعد مراجعتها فعل حادث وركوب الدابة كذلك، قلت: فيحلف بطلاق امرأته أن لا يركب هذه السفينة أو لا يدخلها فيصالح امرأته ثم دخل السفينة فيتزوجها فدخلت عليه في السفينة وأقام ولم يخرج منها؟ قال: أما إذا قال: إن دخلت فصالحها ثم دخل وراجعها فدخلت عليه في السفينة فإنه لا يلزمه حنث حتى يخرج ثم يدخل، وأما إن قال: إن ركبت فهو مخالف لقوله: إن دخلت. إن قال: إن ركبت فصالحها ثم ركب فراجعها وهو فيها فإنه إن لم ينزل مكانه حنث، وهو بمنزلة الثوب والدابة، وقد سمعت بعض أهل العلم يقول فيمن حلف ألا يتزوج بالفسطاط فخرج إلى مكة فعقد نكاح فسطاطية بمكة قال: لا شيء

عليه إذا عقد نكاحها بغير الفسطاط وإن كانت المرأة بالفسطاط إذا عقد النكاح بغير الفسطاط، قال: فإن قال: كل امرأة أتزوجها من أهل مصر فهي طالق فلا يجوز له أن يعقد نكاح مصرية بموضع من المواضع وتطلق عليه إن فعل، قيل لابن القاسم: وكذلك الذي حلف بالطلاق ألا يشتري سلعة كذا وكذا بالفسطاط فخرج إلى مكة فاشترى تلك السلعة بعينها من صاحبها بمكة والسلعة بالفسطاط؟ قال: نعم، هو كذلك أيضاً لا حنث عليه. قلت: وكذلك الذي يقول في عبد بعينه إن اشتراه بالفسطاط فهو حر فلقيه سيده بمكة فاشتراه منه ثَمَّ والعبد بالفسطاط؟ قال: نعم، هو كذلك أيضاً لا شيء عليه، ثم قال بأثر ذلك: أرأيت لو أن رجلاً خطب إلى قوم وتحته امرأة فقالوا: إنا لا نـزوجك حتى تطلق امرأتك فذهب عنهم فصالح امرأته ثم أتاهم فزوجوه وكتبوا عليه طلاق امرأته وليست تحته امرأة، ثم أراد أن يتزوجها أيلحقه من يمينه شيء؟ قال: ليس يلحقه من ذلك الطلاق شيء ويتزوجها إن شاء.

قال محمد بن رشد: أما قوله: في الذي شرط لامرأته أن أمر امرأته التي تحته بيدها يوم تدخل عليه أو أنها طالق واحدة أو اثنتين يوم تدخل عليه فصالحها ثم دخلت عليه وليست في ملكه ثم تزوجها بعد ذلك إنه ليس بيدها من أمرها شيء ولا يلزمه فيها طلاق لأنها يوم دخلت عليه لم تكن في ملكه فهو صحيح على ما يوجبه اللفظ، وأما على ما يقتضيه المعنى فيجب أن يكون أمرها بيدها إن تزوجها عليها بعد أن دخل بها وأن تطلق عليه أيضاً إن كان قال: فهي طالق لأنه إنما أراد أن لا يجمع بينهما، وهو الذي يأتي على مذهبه في المدونة لأنه قال في كتاب الأيمان بالطلاق منها في الذي يشترط لامرأته أن كل امرأة يتزوجها عليها فهي طالق أو أمرها بيدها فيطلق امرأته واحدة أو اثنتين فتبين منه ثم يتزوج امرأة ثم يراجع امرأته أن المرأة التي تزوج تطلق عليه أو يكون أمرها بيد امرأته، وإن لم يتزوجها عليها وإنما تزوجها هي عليها لأنه إنما

أراد أن لا يجمع بينهما ولا ينوى في ذلك إن ادعى نية، وأما الذي حلف لغريمه بطلاق امرأته ليوفينه حقه إلى أجل فصالح امرأته قبل الأجل فإنه لا يقع عليه حنث بمضي الأجل، وله أن يتزوجها بعد ذلك ولا يكون عليه شيء باتفاق إلا أنه قال في المدونة: وبئس ما فعل من فر من الحنث من أجل أنه غر غريمه إذا حلف له ثم فر من الحنث، إذ لو علم ذلك لقام عليه بحقه ولم ينظره به، وقوله: لأنه من وجه التقاضي إشارة منه إلى مسألة الغريم المذكور التي احتج بها، وسائر المسائل التي ذكر صحيحة ومعانيها التي ذكر بَيِّنَة على معنى ما في المدونة وغيرها، وتفريقه في الذي يحلف وهو في السفينة أن لا يركبها وأن لا يدخلها صحيح لأن الركوب واللباس والسكنى يقع على ابتداء ذلك وعلى التمادي عليه، والدخول إنما يقع على ابتداء الدخول في الشيء لا على التمادي على المقام في داخله، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل يزوج ابنته أو وليته فيقول له الناكح: إني أخاف أن تكون وليتك سوداء أو عمياء أو عوراء، فقال: ليس لها من هذه العيوب شيء، وهي برية من ذلك فيجد بها بعض ذلك هل يردها بذلك؟ قال: نعم إذا شرطه على ذلك ردها، وهو قول مالك، قلت: أرأيت إن لم يعلم العيب حتى مس؟ قال: يكون لها الصداق عليه ويكون ذلك له غرماً على من غره، قال أصبغ: قال ابن القاسم: وكذلك لو خطب رجل إلى رجل فقال: قد قيل لي: إن وليتك سوداء، فقال: قد كذب من قال ذلك، هي البيضاء الكذا فنكحها فوجدها سوداء إنما ترد عليه لأنه غره، وهو كالشرط، وكذلك العمياء والعرجاء، قال أصبغ: ومثله الرجل يسوم الرجل الجارية فيقول: إنها ليست تطبخ ولا تخبز فيقول: هي تطبخ وتخبز وتنصب، أو يقول: ليست بعذراء، فيقول: هي عذراء فيكون ذلك كالشرط.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف أعلمه في أن الخاطب إذا قال للمخطوب إليه: قد قيل لي: إن وليتك سوداء أو عوراء فقال له: قد كذب من قال ذلك بل هي البيضاء الكذا أن ذلك شرط بمنزلة قوله: ليس لك من هذه العيوب شيء، يكون للناكح ردها إن وجد بها بعض ذلك، فإن لم يعلم بذلك حتى مس كان لها الصداق، وكان ذلك له غرماً على من غره، وإنما اختلفوا إذا وصفها له الولي عند الخطبة بالبياض وصحة العينين ابتداء على غير سبب وهي عوراء أو سوداء، فقيل: إن ذلك لازم للزوج ولا كلام له في ذلك لأنه فرط إذ لم يتثبت ويستخبر لنفسه، وهو قول أصبغ في الخمسة، ومذهب ابن القاسم في رواية يحيى عنه واختيار محمد بن المواز، وقيل: إنه بالخيار قبل الدخول إن شاء تقدم على أن عليه جميع الصداق وإن شاء فارق ولم يكن عليه شيء، فإن لم يعلم حتى دخل ردت إلى صداق مثلها على ما بها من العيوب ورجع بالزائد عليها، وهو قول ابن وهب وعيسى بن دينار، وقيل: إنه يرجع به على الولي الذي غره إلا أن تكون ثيباً قد علمت بكذب وليها فتقدمت على معرفة بذلك فيرجع عليها إن كان لها مال وإلا رجع على الولي، وهو قول ابن حبيب، قال ابن القاسم في الدمياطية: ولو قال له غير الولي الذي زوجها منه أنا ضامن لها أنها ليست بسوداء ولا عوراء ولا عرجاء فدخل بها ووجدها بخلاف ما ضمن له لكان له الرجوع عليه بما زاد على صداق مثلها ولياً كان أو غيره، وكذلك الحكم في الذي يزوج وليته على أن لها من المال كذا وكذا شرطاً لما ليس لها أو سمى ذلك لها عند الخطبة من غير شرط لا فرق بين المسألتين في واحد من الوجهين، لقول النبي ﷺ: «تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِجَمَالِهَا وَلِمَالِهَا»(٦٠)، ففرق بين الوجهين إلا أن محمد بن المواز ذهب إلى أنه إن زوج وليته بشرط أن لها من المال ما ليس لها فإنما للزوج أن يرجع على من شرط له ذلك وغره بما زاد من المهر على صداق مثلها إن هو خلى سبيلها ولم يرض بها،

---

(٦٠) نصه في صحيح البخاري من كتاب النكاح هكذا: «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فعليك بذات الدين تربت يداك».

وهو بعيد، لأنه يقول: لم أتزوجها ولا رضيت بما سميت من الصداق إلا لما شرط لها من المال، فإذا لم يكن ذلك فأنا أردها وأرجع بجميع الصداق على الذي غرني كما يقول في السوداء سواء إذا غر بما شرط له من بياضها، وابن حبيب يرى للزوج رد القرعاء والسوداء وإن لم يغر من ذلك كالعيوب الأربعة، وذكر ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأما الذي يبيع الجارية ويصفها بأنها عذراء وبأنها تنصب وتطبخ وتخبز، فسواء وصفها بذلك ابتداء أو بعد أن قال له المبتاع: إنها ليست عذراء ولا تطبخ ولا تخبز، للمبتاع أن يردها إذا لم تكن على ذلك كالشرط سواء، ولا اختلاف في هذا، قال في سماع أصبغ من العيوب: وكذلك لو قال: إنها تزعم أنها بكر أو إنها صناعة أو رقامة لردها إذا لم تكن على ذلك كالشرط، وبالله التوفيق.

مسألة

قال عيسى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يزوج ابنته قبل: أن تبلغ المحيض فيدخل بها زوجها ثم يطلقها، هل يجوز تزويج أبيها إياها بغير مؤامرتها؟ قال: قال مالك تزويجه جائز عليها من غير مؤامرتها ما لم تحض، قال ابن القاسم: وأنا أرى أن تزويج أبيها جائز عليها إذا رجعت إليه من غير مؤامرتها ما لم تحض عند أبيها، فإذا حاضت عند أبيها بعدما رجعت إليه رأيت أن لا يجوز عليها تزويجه إلا بمؤامرتها وكانت كالثيب التي مات عنها زوجها أو طلقها وقد حاضت، قلت: أرأيت الصغيرة التي لم تحض إذا دخل بها زوجها ثم طلقها أو مات عنها قبل أن تحيض أتلزم أباها النفقة عليها؟ قال: نعم، قلت: أرأيت إذا حاضت بعد أن رجعت أيلزم النفقة عليها وهو لا يستطيع أن يزوجها إلا بمؤامرتها؟ قال: لا تلزمه نفقتها إذا حاضت، وذلك ما ليس فيه شك، قال: وسئل عنها سحنون فقال: إذا رجعت إلى أبيها قبل أن تحيض وقد كان دخل بها

زوجها كان حالها حال البكر يزوجها أبوها بغير رضاها وإن حاضت، ويلزمه الإنفاق عليها.

قال محمد بن رشد: وقد قيل: إنه لا يجبرها على النكاح وإن لم تبلغ، وجه قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن الأب يملك العقد على ابنته بعلة البكورة والصغر، فإذا ارتفعت البكورة قبل ارتفاع الصغر كان من حقه أن يزوجها لعلة الصغر حتى تبلغ، كما أنه إذا ارتفع الصغر قبل ارتفاع البكورة كان له من حقه أن يزوجها بعلة البكورة حتى ترتفع أيضاً، ووجه قول سحنون أن وطأها قبل البلوغ لا يعتبر به إذ لا تحصن به في النكاح، ولا تُحد فيه في الزنى، فوجب أن يكون للأب أن يزوجها وإن بلغت كمن لم يُدْخَلْ بها، ووجه القول الثالث أنه لما كان دخوله بها قبل أن تبلغ المحيض كدخوله بها بعد أن بلغت المحيض سواء في أن ذلك وطء تحل به إن كان[٦١] طلقها ثلاثاً وجب أن يكون ذلك سواء في أنه لا يجوز للأب أن يزوجها إلا برضاها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألت ابن القاسم عن الرجل ينكح المرأة فيهدي لها هل ترى أن يدخل بها بتلك الهدية؟ قال: لا يدخل بتلك الهدية حتى يقدم لها من صداقها ربع دينار لأنه ليس من الصداق، قلت: فهل يدخل إذا رهنها بصداقها رهناً؟ قال: نعم يدخل بالرهن، قلت: فالرجل يهدي الهدية ثم يطلقها قبل الدخول بها والهدية قائمة؟ قال: لا شيء له منها لأنه ليس من الصداق، قلت: فإنْ أهدى لها الهدية ثم عثر على النكاح أنه مفسوخ ففسخ قبل البناء فهل يرجع فيأخذ الهدية؟ قال: إن أدرك منها شيئاً أخذه، وإن فاتت لم يكن له قبلها قليل ولا كثير، قلت: فهل يجوز أن يتحمل بالصداق ويبني بأهله

(٦١) كذا بالأصل وفي ق ١ (لمن كان...).

بالحمالة؟ قال ابن القاسم: أخبرني بعض من أثق به أن بعض أهل الفضل قد أجازه، ولست أرى ذلك، وأحب إليّ أن يقدم لها ربع دينار.

قال محمد بن رشد: أجاز له الدخول بالرهن وكره ذلك بالهدية، وأجاز له ابن حبيب الدخول بالهدية، وروى مثله ابن نافع عن مالك في المبسوط، وفي كتاب ابن المواز لمالك أن من تزوج امرأة بدين له على رجل فلا يدخل بها حتى يقبض من ذلك ثلاثة دراهم يدفعها إليها، وقال أيضاً: له أن يدخل وإن لم تقبض شيئاً لأنه حق لها لو شاءت باعته وقبضت ثمنه، فعلى القول بأنه لا يدخل بها إذا تزوجها بالدين يكون له على رجل حتى تقبض من ذلك ثلاثة دراهم لا يجوز له أن يدخل بها أيضاً بالرهن لأن ذلك أحرى أن لا يجوز،ولم ير ابن القاسم له أن يدخل بالحمالة، وحكى عن بعض أهل الفضل أنه أجازه، فحصل الاختلاف في هذه المسائل كلها، وأخفها الـدخول بالدين، والأظهر أن الدخول به جائز لأنه حق قد وجب لها لو شاءت باعته وأخذت ثمنه، والقول بأنه لا يدخل به بعيد، فمن لم ير له الدخول به حتى يقبض منه ثلاثة دراهم فأحرى أن لا يجيز له الدخول في سائـر المسائـل، ويليه الدخول بالرهن لأنها قـد قبضت ما هي أحق بـه من الغرمـاء في الموت والفلس، وأشدها الدخول بالحمالة لأن ذمة الحميل كذمة الزوج ولم تقبض شيئاً، والأظهر أنه لا يدخل بها، فمن أجاز له الدخول بها فأحرى أن يجيز له الدخول بها في سائر المسائل، وأما الرهن فوجه إجازة الدخول به هو أنها قبضته لتستوفي صداقها منه، وهي أحق به من الغرماء في الموت والفلس، وقد قيل: إن من حلف أن يقبض حقه يبر بالرهن، وأما الهدية فوجه قوله: إنه لا يدخل بها هو ما ذكره من أنها ليست من الصداق، ولو طلقها لم يكن له منها شيء وإن كانت قائمة ولو ألفى النكاح مفسوخاً لم يكن له إلا ما أدرك منها، وبالله التوفيق.

تم كتاب النكاح الثاني

والحمد لله حق حمده، والصلاة الكاملة على سيدنا محمد نبيه وعبده.

كتاب النكاح الثالث

ومن كتاب أوله أوصى
أن ينفق على أمهات أولاده

وسئل مالك عن الرجل يزوج أمته عبداً لغيره فجرحها فأسلمه سيده أتحرم عليه؟ قال: لا وهو على نكاحه لأنه ليس مالاً من مالها هو لسيدها مالٌ من ماله.

قال محمد بن رشد: هذا بَيِّنٌ على ما قال: لأن إسلامه إلى سيدها في الجناية عليها كبيعه منه، وهو لو باعه منه لم يؤثر ذلك في صحة نكاحها، واختلف في جنايته عليها إن كانت مُثْلَةً بها هل تطلق عليه أم لا؟ فحكى سحنونٌ عن مالك في آخر رسم المزارع من سماع يحيى من كتاب العتق أنها تطلق عليه بمنزلة بيعه لها لأنه ليس بمأمون على عيبها، وهي رواية زياد بن جعفر عن مالك في المَدَنِيَّةِ، وقال ابن القاسم: لا يفرق بينهما، ويكون بينهما القصاص والقَوَد إلا أن يرى السلطان للتفرقة وجهاً مثل أن يخافه عليها، وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: قال مالك: لا يجوز نكاح وبيع، ولا صرف وبيع [ولا شركة وبيع][1] ولا مساقاة وبيع، ولا قراض وبيع، قال

(١) ما بين العلامتين ساقط من الأصل فأضفناه نقلاً عن ق ١.

ابن القاسم: فإن وقع هذا فسخ كله إلا أن يفوت، فإن فات عمل فيه مثل ما يعمل في المكروه، فأما النكاح والبيع فإنه إن دخل بها رأيت أن تعطى صداق مثلها، [وإن لم يدخل بها فسخ النكاح، وأما الصرف والبيع فإن أدرك ردّ كله، وإن فاتت السلعة بنماء أو نقصان أو اختلاف أسواق لزمه قيمتها يوم قبضها..](٢). وإن كانت السلعة لم تفت بنماء ولا نقصان ولا اختلاف أسواق ردت، وإن كانت قد فاتت بشيء من ذلك لزمته قيمتها يوم قبضها ويرد قابض الورق عليه وزنه وعينه ويرد إليه البائع ذهبه، وأما الشركة والبيع فإن السلعة إن كانت لم تفت ردت وفسخت شركتهما، وإن كانت فاتت بنماء أو نقصان أو اختلاف أسواق لزمته قيمتها يوم قبضها، وأما القراض والبيع فإنه إن أدرك الأمر فسخ بينهما، وإن فاتت السلعة بنماء أو نقصان أو اختلاف أسواق لـزمته السلعـة بقيمتها يوم قبضها وكان المقارض أجيراً في القراض تدفع إليه إجارة مثله لأن مالكاً قال لي: من قارض رجلاً على أن يسلفه أو يجعل له عدداً من الربح مسمى كان أجيراً في القراض ولم يجعل له في هذا إلاّ قراض مثله، فإذا باعه بيعاً على أن يقارضه كان البائع قد ترك له فضلاً في سلعته على أن قارضه بمنزلة السلف إن كان المقارض قد زاده في ثمن السلعة على أن قارضه، فكأنه أعطاه فضلاً في قراضه على أن قارضه، وهـو وجه بَيِّنٌ. وأمـا المساقاة والبيع فإن كانت السلعة لم تفت ردت، وإن فاتت بنماء أو نقصان أو اختلاف أسواق لزمت قيمتها يوم قبضهـا ورد في المساقاة إلى مساقاة مثله، وذلك أني سألت مالكاً عن رجل ساقى رجلاً حائطاً ثلاث سنين وفيه ثمرة قد طابت واشترطها الداخل بينهما فقال: تكون الثمرة لصاحبها ويعطى المساقى فيها ما أنفق

(٢) ما بين العلامتين إضافة من ق ١.

ويكون الرجل على مساقاة مثله حتى تنقضي السنتان، ولم يفسخه مالك، وقد كان الرجل عمل فيها سنة وبقيت له سنتان، فأتم له مالك مساقاته على مساقاة مثله ورد إليه قيمة عمله ونفقته، فهذه سنة(٣) المساقاة والبيع فيما نرى، والله أعلم.

قال محمد بن رشد: أما النكاح والبيع فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال: أحدها قول ابن القاسم وروايته عن مالك ها هنا وفي المدونة أن ذلك لا يجوز على حال ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويكون فيه صداق المثل، قيل: لأن البيع طريقه المكايسة وتجوز فيه الهبة، والنكاح طريقه المكارمة ولا تجوز فيه الهبة، فإذا وقعا معاً لم يدر ما يقع مما أعطى الزوج للبضع مما يقع منه لما أعطت المرأة فآل ذلك إلى الجهل بمبلغ الصداق وبمبلغ ثمن ما وقع فيه البيع فوجب فيه الفسخ، وقيل: مخافة أن يكون الفرج موهوباً بغير صداق فلا يجوز وإن كان فيما أعطى الزوج فضل كثير على ما أعطت المرأة حماية للذرائع، لأن كثيراً من النساء ترضى أن تتزوج الرجل على أن تعطيه لرغبتها فيه لشرفه وحاله أو لكثرة يساره أو ما أشبه ذلك، فيخشى إن صح الأمر من هذين أن لا يصح من غيرهما، وهذا التعليل لأصبغ، فإن طلق الزوج على هذا القول قبل الدخول لم يكن لها شيء من الصداق لأن الصداق الفاسد لا يجب للمرأة منه شيء بالموت ولا بالطلاق، والقول الثاني: أنه يكره ابتداء حماية للذرائع، فإذا وقع نظر فيه فإن لم يكن فيما أعطى الزوج على ما أعطت المرأة فضلٌ يكون صداقاً لم يجز وفسخ قبل الدخول ومضى بعده بصداق المثل، وإن كان فيه فضل قيل قدر ربع دينار فأكثر وهو قول مطرف وقيل فضل بائن كثير لا يقارب أن يستغرقه ما أعطت المرأة، وهو قول ابن الماجشون جاز النكاح ولم يفسخ، وقول مطرف أظهر لأن التقويم يكشف صحة العقد من فساده كما لو تزوج بعرض لا يدرى هل يساوي ربع دينار أم لا يساويه إلا بعد التقويم، وإن طلق الزوج على هذا القول قبل الدخول وفيما

---

(٣) كذا بالأصل وفي ق ١: (فهذا شبه...).

أعطى الزوج فضل ربع دينار أو أكثر على قول مطرف أو فضل بائن كثير على قول ابن الماجشون كان للزوجة نصف الفضل، وهو أحد قولي مالك في المبسوط، فجعل الزائد على ما أعطت المرأة للنكاح، وهو نحو قول مطرف وابن نافع في الذي يصالح بشقص فيه شفعة عن موضحتين عمد وخطأ أنه لا يكون لموضحته العمد من قيمة الشقص إلا ما زاد على دية موضحة الخطأ المعلومة والقول الثالث أن ذلك جائز من غير اعتبار بفضل ما أعطى الزوج على ما أعطت المرأة ويكون ما أعطى الزوج منضوضاً على قيمة ما أعطت المرأة وعلى صداق مثلها إن طلق قبل الدخول واستحق شيء مما وقع فيه البيع مع النكاح، حكى هذا القول عبد الوهاب عن أشهب، وهو قول له وجه، إذ ليس في المنع من النكاح والبيع معاً نصٌّ في القرآن ولا في السنة ولا أجمعت على ذلك الأمة، فلا يكون على قول أشهب النكاح فاسداً، وإذا كان ما أعطى الزوج أقل مما أعطت المرأة إذا وقع من ذلك للبضع عند النض ربع دينار فأكثر. وقد ذهب بعض أهل النظر إلى أنه إنما ينض على مذهبه ما أعطى الزوج على قيمة ما أعطت المرأة وعلى صداق مثلها إذا كان قيمة ذلك مقارباً لهما جميعاً، وأما إن كان أكثر منهما جميعاً بكثير أو أقل منهما جميعاً بكثير فيجعل للبضع الزائد على ما أعطت المرأة، لأنه إن كان أكثر منهما جميعاً بكثير حمل على الزوج أن الزيادة إنما زادها لشهوته في المرأة وحرصه على نكاحها لما ركب الله في النفوس من الشهوة إلى ذلك، وإن كان أقل منهما جميعاً بكثير حمل على المرأة أن النقصان إنما نقصته لرغبتها في النكاح وحرصها عليه وشهوتها فيه، وهو معنى حسن لو ساعده الظاهر. وأما الصرف والبيع فقوله فيه: إنه لا يجوز معناه في الكثير، إذ قد علم من مذهبه في المدونة وغيرها إجازة ذلك في اليسير، قال أبو بكر الأبهري: وإنما لم يجز في الكثير مخافة أن يئول الأمر إلى الصرف المتأخر باستحقاق السلعة، لأن السلعة إن استحقت وجب أن ينض الذهب على الدراهم وعلى قيمة السلعة فلا يدرى في حال العقد ما وقع للدراهم من الذهب، وقال ابن القاسم في التفسير: إنما لم يجز ذلك لأن السلعة إن استحقت لم يدر المبتاع بما يرجع من الذهب إذ لا يصح أن ينض

على قيمة السلعة وقيمة الدراهم إذ لا تقوم الدراهم كما تقوم السلع، وقال ربيعة في المدونة: إنما كره اجتماع البيع والصرف من أجل أن السلعة إن وجد بها عيبٌ يريد أو استحقت انتقض الصرف، فإن وقع ذلك كان الحكم فيه على ما ذكر من فسخ ذلك كله ورد الذهب والورق على وزنه والسلعة بعينها إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت فائتة. وأما الشركة والبيع فإنما لم يجز اجتماعهما في صفقة واحدة لأن الشركة من العقود الجائزة لكل واحد من المشاركين أن ينفصل عن صاحبه متى ما أراد ولا يلزمه البقاء معه على الشركة فدخل [على](٤) ذلك الغرر في البيع لأن البائع إنما رضي ببيع سلعته منه بالثمن الذي سمياه لما رجاه من الانتفاع ببقائه معه على الشركة، وذلك لا يلزمه، ولو لزمه أيضاً لكان البيع غَرَراً لجهل قدر الانتفاع بمشاركته إياه، فوجب أن يفسخ البيع في السلعة وترد بعينها إن كانت قائمة وتكون فيها القيمة(٥) إن كانت فائتة كما قال. وأما قوله: وفسخت شركتهما فإنه لفظ وقع على غير تحصيل إذ ليست الشركة من العقود اللازمة فيحتاج إلى فسخها وإن رضي(٦) بعد فسخ البيع بالبقاء على الشركة جاز ذلك لهما وكان كشركة مبتدأة. وأما القراض والبيع فإنما لم يجز أن يجتمعا في صفقة واحدة من أجل أن القراض مُخالف للبيع في وجهين: أحدهما أن القراض من العقود الجائزة، والثاني أنه إجارة مجهولة، تجوز بالإجماع والاتباع والقياس على المساقاة، فإذا انضاف أحدهما إلى الآخر أفسد كل واحد منهما صاحبه، لأن البيع يعود مجهولاً بإضافته إلى المجهول، ولأن القراض يخرج عن أصله باشتراط إضافة البيع إليه فيعود إجارة مجهولة، فوجب لذلك أن يفسخ البيع على ما قال ويرد في القراض إلى إجارة مثله. وأما المساقاة والبيع فإنما لم يجز أن يجتمعا في صفقة واحدة من أجل أن المساقاة تخالف البيع في أنها إجارة مجهولة مخصصة بالسنة من الإجارة المجهولة، فلما كانت تخالف البيع في هذا وتوافقه في أنها من

(٤) ما بين العلامتين إضافة من ق ١.

(٥) في ق ١. وصُحف في الأصل فكتب: «القائمة».

(٦) في ق ١: (رضيا).

العقود اللازمة لم ير أن يفسخها إذا لم تدرك حتى فاتت بالعمل وأمضاها إلى تمام أجلها على مساقاة المثل وفسخ البيع في القيام وصححه بالقيمة في الفوات قياساً على ما قال مالك في الذي ساقى رجلاً حائطاً ثلاث سنين وفيه ثمر قد طاب وعمل سنة من الثلاث سنين من أنه تكون الثمرة التي قد طابت لصاحب الحائط ويكون للعامل فيها نفقته وأجرة مثله، ويكون على مساقاة مثله في العام الذي مضى من الثلاثة الأعوام وفي العامين الباقيين، لأن معنى المسألة أنه ساقاه في الحائط ثلاث سنين سوى العام الذي فيه الثمرة التي قد طابت فاقتضت المسألة الأجل في الثمرة التي قد طابت ببعضها ومساقاة الثلاث سنين بعدها في صفقة واحدة، فقاس ابن القاسم البيع والمساقاة على قول مالك في هذه المسألة لأنها إجارة ومساقاة، والإجارة بيع من البيوع، فلا فرق بين البيع والمساقاة وبين الإجارة، ففوات الإجارة بالعمل في مسألة الإجارة والمساقاة كفوات السلعة في مسألة البيع والإجارة يكون للعامل قيمة عمله كما يكون لرب السلعة قيمة سلعته، ولو عثر على ذلك قبل أن تفوت الإجارة في الثمرة التي قد طابت بالعمل لنقضت كما أنه لو عثر على البيع قبل أن تفوت السلعة لنقض وردت السلعة بعينها، ولو عثر على ذلك بعد فوات الإجارة في الثمرة التي قد طابت بالعمل وقبل أن يعمل من مساقاة الثلاثة الأعوام شيئاً لكان له أجر مثله في الثمرة التي قد طابت، وفسخت المساقاة في الأعوام الثلاثة على ما قال في المدونة. والإجارة في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك فاسدة لوجهين: أحدهما إضافتها إلى المساقاة في الصفقة، والثاني عقدها بلفظ المساقاة خلاف ما ذهب إليه سحنون من أن من ساقى رجلاً في حائط قد طاب وحل بيعه إن ذلك جائز، وهي إجارة، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: لا أرى أن يصيب الرجل امرأته بالهدية حتى يقدم إليها من صداقها ربع دينار فصاعداً، فإذا طلقها من قبل أن يدخل بها وقد أهدى لها أعطاها نصف الصداق ولم يكن له عليها شيء فيما

أهدى إليها ولم يحاسبها في الهدية.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة في آخر الرسم الذي قبل هذا، فلا معنى لإعادة القول فيه.

ومن كتاب أوله بع ولا نقصان عليك

قال: وسئل مالك عن الرجل ينكح ابنته بنقد خمسة أرؤس فقال له الناكح: خمسة أرؤس كثير، فقال أبو الجارية: على أن تترك لك أهلك رأسين، فقال: إني أخاف ألا تفعل، قال: امرأته طالق البتة إن لم يجعلها تضع عنك رأسين، فتزوجها فسألها الأب فلم تفعل، فقال لها زوجها: اتقي الله أترضين أن تطلق أمك؟ فعالجها الزوج حتى وضعت عنه الرأسين، فقال: هو حانث لأنه لم يجعلها هو أن تضعهما، وإنما وضعت ذلك بطلبة زوجها.

قال محمد بن رشد: وهذا بَيِّنٌ على ما قال: لأن الذي حلف أن يفعله لم يفعله فوقع عليه الحنث.

مسألة

وسئل عن رجل من العرب تزوج أَمَةَ: قوم فولد له منها ولد، قال: ولده عبد لسيد الأمة، قلت: فتزوج الصبي حرة فولد له ولد هل ينتسب إلى آبائه؟ قال: نعم ينتسب إلى قوم جده وآبائه وهم يرثونه فيعقلون عنه.

قال محمد بن رشد: وهذا بين على ما قال: إن الولد تبع لأمه في الحرية والرق لأنه كعضو منها، وقد جاء أن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها، فولد الحرة من العبد حر بحرية أمه ينتسب إلى قوم أبيه ويوارثهم ولا يوارث أباه العبد إلا أن يعتق، إذ لا ميراث بين الحر والعبد، وبالله التوفيق.

مسألة

قيل لابن القاسم في رجل تزوج امرأة بجنان على أن فيها عشرة فدادين فلم تجد إلا خمسة، قال: يثبت النكاح ويكون لها عليه قيمة الخمسة التي نقصت، قلت: دخل أو لم يدخل؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يكون لها عليه قيمة الخمسة التي نقصت معناه إذا رضيت بإمساك الجنان ولم ترد الرد، ولو أرادت الرد لكان لها أن ترده ويكون لها قيمة جميعه على أن فيه عشرة فدادين لأن حكم ما نقص من العدد الذي اشترطت حكم الاستحقاق. ومن اشترى عشرة فدادين فاستحق منها خمسة كان مخيراً بين أن يرجع بما ينوب المستحق من الثمن أو يرد ما بقي، والقياس أن تكون مخيرة بين أن ترد الجنان وترجع بصداق مثلها أو تمسك وترجع بنصف صداق مثلها وهو ما ناب الخمسة التي نقصت من العدة التي اشترطت، قال ابن صالح وابن لبابة: هذا الذي يأتي على قياس قولهم في البيوع غير أن ذلك لا يوجد لهم، وليس ذلك كما قال، بل هو موجود لمالك، وقد مضى ذلك في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب. ولو وجدت في الجنان على قياس هذا القول أكثر من عشرة فدادين لم يكن لها منه إلا عشرة فدادين، ويكون الزوج معها فيه شريكاً. بالزيادة، وقد روي عن مالك أن اشتراط المبتاع عدد الزرع في الأرض عند ابتياعها إنما هو كصفة من صفاتها فإن وجد زيادة كان له، وإن وجد نقصاناً كان مخيراً بين أن يرد أو يمسك بجميع الثمن، فعلى هذا القول تكون المرأة مخيرة بين أن ترد الجنان وترجع بقيمته أو بصداق مثلها على الاختلاف الذي ذكرناه وبين أن تمسك ولا شيء لها، وهذا الاختلاف قائم من أول مسألة من كتاب تضمين الصناع من المدونة، وهو منصوص عليه في سماع عيسى ونوازل سحنون من كتاب جامع البيوع وفي نوازل سحنون أيضاً من كتاب العيوب.

مسألة

وقال في رجل تزوج امرأة بمائة دينار خمسون منها نقداً،

وخمسون إلى سنة، فانقضت السنة ولم يدخل بها فدخل بها بعد السنة، فطلبت الخمسين، وقال: لم أدخل حتى أديتها، قال مالك: إذا دخل بها بعد السنة فهو مصدق ويحلف.

قال محمد بن رشد: حكم لما حل من الكالىء قبل البناء بحكم النقد، وهو قول ابن حبيب في الواضحة ومثله في النكاح الثاني من المدونة في الذي يتزوج بنقد كذا وخادم إلى سنة فدخل بعد السنة، فعلى هذا يكون من حق الزوجة إذا حل الكالىء قبل الدخول ألا يدخل بها حتى يؤديه إليها، وقد حكى الفضل عن يحيى بن يحيى أنه إذا أتى بالنقد وأعسر بالكالىء كان له أن يدخل بها وتتبعه بالكالىء دَيْناً عليه، قال: هو أشبه بما روى ابن سحنون عن أبيه، فعلى هذا لا يبرأ الزوج بالدخول منه ولا يصدق عليه على أنه قد دفعه وتحلف المرأة أو يكون القول قولها.

مسألة

وسألته عن رجل تزوج امرأة وتحمل رجل بالصداق فدخل بها زوجها فطلبت المرأة الصداق من الحميل بعد دخول الزوج عليها، وزعم الزوج والحميل أنها قد قبضته قبل الدخول، قال: القول قول الحميل ويحلف، قيل لسحنون: فلو كانت ارتهنت بصداقها منه رهناً ثم دخل بها هل الرهن والحميل بمنزلة سواء ويبرئه الدخول؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: قوله: القول قول الحميل ويحلف يريد يحلف ما علم أنه بقي لما قِبَلَ زوجها شيء من صداقها، وإنما يلزمه اليمين على هذا إذا غاب الزوج أو كان حاضراً فأقر أنه لم يدفع وهو عديم لأنه يتهم لزوجته على الحميل، فالقول قول الحميل، وأما إن ادعى الزوج الدفع أو كان ملياً فأقر أنه لم يدفع فلا شيء على الحميل لسقوط الحمالة عنه بيمين الزوج إن ادعى الدفع أو بإقراره إن كان ملياً. وقول سحنون: إن الدخول يبرىء

الزوج من الصداق إذا ادعى دفعه قبل الدخول وإن كان قد رهنها به رهناً صحيح إذا كان الرهن عند النكاح لا عند الدخول، لأن من حقها أن تمتنع من دخوله بها حتى يؤدي إليها مهرها ارتهنت به منه رهناً أو لم ترتهن فلا تأثير للرهن في ذلك.

مسألة

وسئل عن امرأة تصدقت على زوجها بصداقها فمنت عليه بعد ذلك فقال: أنا أكتب لك صداقاً فكتب لها صداقاً إلى أجل أو حال، قال: إن لم تقبض الذي كتب لها في حياته فلا شيء لها لأنها عطية.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن العطية إذا لم تحز حتى مات المعطي بطلت لقول أبي بكر الصديق لعائشة: لَوْ كُنْتِ حُزْتِيهِ لَكَانَ لَكِ الحديث، وهذا المعنى مروي أيضاً عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وأنس بن مالك رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم من الصحابة، فقامت بذلك الحجة على من يقول: إنها لا تفتقر إلى حيازة، وهو قول أحمد بن حنبل وجماعة سواه، والحمد لله.

ومن كتاب لم يدرك

وقال مالك في رجل أرسل رجلاً يزوجه امرأة سماها، فذهب الرجل وزوجها إياه بعبد المرسل ولم يكن سمى له صداقاً يسوق عنه فسخط ذلك، قال: إن سخطه فسخ النكاح ولم يكن عليه شيء، قال: ولو كان ساق عنه دنانير أو دراهم فكان ذلك مثل صداق مثلها لزمه النكاح على ما أحب أو كره، وهذا بمنزلة ما لو بعث رجلاً يبتاع له سلعة سماها له بعينها ولم يسم له ثمنها فذهب الرسول فابتاعها بدار المرسل أو بعبده لم يلزمه إلا أن يشاء لأنه ليس

للرسول أن يبيع عليه داره ولا غلامه، ولو كان اشترى بدنانير أو دراهم لزمه الاشتراء على ما أحب أو كـره إذا كان يشبه ثمن مثله، فالنكاح بهذه المنزلة. قلت: أرأيت إن طلق قبل أن يرد النكاح أيكون عليه نصف ما ساق عنه؟ قال: نعم، ذلك عليه لأنّ طلاقه إجازة للنكاح، ولو كان رده لم يكن عليه شيء، وكان فراقه ذلك طلقة، وإن تزوجها يوماً ما كانت عنده على اثنتين.

قال محمد بن رشد: قوله: إن سخطه فسخ النكاح يريد بطلقة على ما قال في آخر المسألة يدخل على أنه إن رضي بذلك جاز، وهذا إذا كان ذلك بقرب العقد، وأما إن لم يعلم بذلك حتى بعد الأمر فيتخرج جواز النكاح إن رضي به على قولين، ولوأعلم الرسول ولي المرأة عند العقد بافتياته على الذي أرسله في عبده بغير إذنه لكان العقد فاسداً لدخوله على أن للزوج الخيار، وقد مضى ما يدل على الذي ذكرناه في مسألة الولي يزوج وليته الغائبة بغير أمرها في أول سماع ابن القاسم وهي مسألة المرأة تأمر وليها أن يزوجها فيزوجها من رجل لا يسميه لها في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب، وسائر ما ذكر في المسألة صحيح بَيِّنٌ لا وجه للقول فيه، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في رجل وقع ابن له في جُبٍّ فقال لرجل: إن أخرجته منه فأنا أزوجك ابنتي أو قد زوجتك ابنتي إن أخرجته فأخرجه، قال: لا يلزمه النكاح ولا يكون نكاحاً، وأرى له أجرة مثله فيما شـخص استخرجه حياً أو ميتاً، قال: وليس يكون النكاح جعلاً ولا كراءً في شيء من الأشياء، قلت: فما ذكر في كتاب الله من قصة موسى وشعيب؟ قال: الإسلام على غير ذلك، قلت: فإن وقع؟ قال: إن وقع وأدرك قبل البناء فسخ، وإن فات بدخول كان لها صداق مثلها وكان له كراء مثله فيما شخص.

قال محمد بن رشد: جمع في هذه الرواية بين النكاح بالجعل وبالإجارة فقال: لا يكون النكاح جعلاً ولا كراءً في شيء من الأشياء، وهما مفترقان، أما النكاح فلا اختلاف في أنه لا يجوز لأن الجعل لا يلزم المجعول له، وله أن يترك متى شاء، فالنكاح به نكاح فيه خيار، فلا اختلاف في أنه لا يجوز، وأما النكاح بالأجرة مثل أن يتزوجها على أن يحجها أو يعمل لها عملاً ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك مكروه كان معه نقد أو لم يكن، فإن وقع نفذ ومضى ولم يفسخ، وهو قول أصبغ وروايته عن ابن القاسم وقع ذلك ها هنا في بعض الروايات، واستحسنه ابن لبابة وتعجب من رواية عيسى وقوله: الإسلام على غير ذلك، قال: وقد ثبت عن النبي عليه السلام مثل ذلك، يريد ما جاء في بعض الآثار من قوله: «قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ تُعَلِّمُهَا إِيَّاهُ»(٧) للرجل الذي سأله أن يزوجه المرأة التي كانت وهبت له نفسها إذ لم يجد شيئاً يصدقها إياه إلا سوراً من القرآن سماها على ما جاء في الحديث، وهو ظاهر ما حكى ابن حبيب في **الواضحة** عن مالك من الكراهة في ذلك، والثاني أن ذلك لا يجوز كان معه نقد أو لم يكن، فإن وقع فسخ قبل الدخول وثبت بعده، وكان فيه صداق المثل، وهو الذي يدل عليه قوله في هذه الرواية: الإسلام على غير ذلك، والثالث الفرق بين أن يكون معه نقد أو لا يكون معه نقد، وهذه التفرقة على وجهين: أحدهما أنه إن كان معه نقد جاز ولم يفسخ، وإن لم يكن معه نقد فسخ قبل الدخول وثبت بعده وكان فيه صداق المثل، والثاني أنه إن لم يكن معه نقد فسخ قبل الدخول وثبت بعده وكان فيه صداق المثل، وإن كان معه نقد فسخ قبل الدخول ومضى بعده بالمسمى من النقد والكراء والعمل أو قيمة ذلك على اختلاف قول ابن القاسم في ذلك في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى في الذي يتزوج المرأة بصداق مسمى على أن يحجها، إذ لا فرق عندهم بين أن يتزوجها على أن يحجها أو على أن يعمل لها عملاً، وقال ابن حبيب على ما اختاره من إجازة النكاح على أن يحجها أو على

(٧) الحديث في صحيح البخاري وسنن النسائي وفي الموطأ ومسند ابن حنبل.

أن يعمل لها عملاً وإن لم يكن مع ذلك نقد إنه لا يدخل بها حتى يحجها أو يعطيها مقدار ما ينفق على مثلها في الحج بها، فإذا أخذت ذلك فإن شاءتْ حجت وإن شاءت تركت، وفي ذلك من قوله نظر لأن فسخ الدين في الدين يدخل في التخيير، فالصواب أن لا يحمل ذلك من قوله على التخيير وأن يكون معناه أنه لا يدخل بها حتى يحجها على قول من يوجب عليه إحجاجها أو يعطيها مقدار ما ينفق على مثلها في الحج، على قول من يرى ذلك عليه على ما وقع من الاختلاف في ذلك في سماع يحيى، وقال أشهب: له أن يدخل بها قبل أن يحجها إلا أن يأتي إبَّانُ الحج قبل أن يدخل بها فلا يكون ذلك له كالكالىء يحلُّ قبل الدخول.

مسألة

وقال في رجل زوج رجلاً على أنه إن كان حراً فالنكاح ثابت وإن كان مملوكاً فلا نكاح بينهما، فدخل بها أو لم يدخل، قال: دخل أو لم يدخل، يوقف عنها حتى يتبين، فإن كان حراً ثبت النكاح، وإن كان مملوكاً فلا نكاح بينهما. قلت: فإن كان عبداً يوم وقعت العقدة فعتق بعد ذلك، فعثر على ذلك وهو حر بعد وقد دخل أو لم يدخل، قال: دخل أو لم يدخل فالنكاح مفسوخ إذا كان عبداً يوم وقعت العقدة، ولكن إن كان دخل بها فلها الصداق كله إن كان سيده أعتقه ولم يستثن ماله، فإن كان استثنى ماله أخذ منها ما ساق إليها وترك لها قدر ما تستحل به، وضعف الترك عن مالك وقال: إنما هو مال من مال السيد، وإن لم يدخل بها فسخ النكاح ولا شيء لها استثنى ماله سيده أو لم يستثن لأنه لم يكن نكاحاً.

قال محمد بن رشد: أجاز هذا النكاح على ما فيه من معنى الخيار بكونه موقوفاً على اختبار حال الزوج إن كان حراً أو عبداً، إذ ليس بخياره على الحقيقة في العقد لأن النكاح بالخيار لا ينعقد حتى يمضي، ولا ميراث فيه

إن مات أحدهما قبل أن يمضي، وهذا ينعقد بنفس العقد ويكون فيه الميراث إن مات أحدهما ثم انكشف أن الزوج كان حراً يوم العقد، وإنما يجوز النكاح ويوقف عنها على ما قال حتى يتبين إن كان الزوج حراً أو عبداً إذا كان اختبار ذلك قريباً، والله أعلم، ولا يحل له أن يدخل حتى يعلم أنه كان حرّاً يوم وقعت العقدة إذ لا ينعقد النكاح إلا بكونه حراً يومئذ، فلا يصح له أن يدخل بامرأة لا يدرى هل انعقد نكاحه معها أم لا، فإن دخل وقف عنها حتى يعلم حاله يوم العقد، فإن انكشف أنه كان حراً ثبت معها، وإن انكشف أنه كان عبداً فرق بينهما، أعتق بعد ذلك أو لم يعتق، ويكون لها الصداق إن كان سيده أعتقه ولم يستثن ماله، وإن كان استثناه أخذ منها ما ساق إليها وترك لها قدر ما تستحل به على ما قال، وإذا أخذ ذلك منها كان لها أن تتبعه ديناً ثابتاً في ذمته وكذلك إن كان لم يعتق وأخذ ذلك السيد منها كان لها أن تتبعه ديناً ثابتاً في ذمته إن عتق إلا أن يسقط ذلك السيد عن ذمته قبل أن يعتقه، وقد قيل: إنه لا يسقط ذلك عن ذمته إلا السلطان، والقولان في المدونة.

مَسْأَلة

سألنا[٨] مالكاً عن الرجل يتزوج المرأة فيصدقها صداقاً فتطلب منه نفقة العرس هل يكون ذلك عليه؟ قال: ما أرى ذلك عليه، وما هو بصداق ولا بشيء ثابت، وقال: أرأيت لَو كان طلقها قبل أن يدخل بها هل كان عليه نصف نفقة العرس أو مات عنها قبل أن يدخل بها هل كانت تأخذ مع صداقها قيمة نفقة العرس؟ ما هذا بشيء ولا هذا أمر ثابت، فردد عليه وقيل له: يا أبا عبدالله إنه شيء قد أجروه بينهم، وهو سنتهم، فقال: إن كان ذلك شأنهم وسنتهم فأرى أن يفرض ذلك عليهم، قال ابن القاسم: وإن تَشَاحُّوا لم يكن ذلك لهم إلا أن يشترطوه.

(٨) كذا بالأصل وفي ق ١: (وسألت).

قال محمد بن رشد: قد مضى القول على هذه المسألة في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن اليتيمة يزوجها عمها أو ابن عمها أو وصي وهي صغيرة لم تبلغ من رجل ثم تموت أو يموت الزوج هل بينهما ميراث؟ أو عليها عدة؟ أو لها مهر؟ وهل يكون هذا نكاحاً ثابتاً أم لا؟ قال ابن القاسم: إنه يكره أن يزوجها أحد إلا أبوها حتى تبلغ المحيض، ولا أعلم أن مالكاً كان يبلغ بها أن يقطع الميراث بينهما، فأرى أن يتوارثا فإنه أمْرُ جُلِّ النا س قد أجازوه، وقد زوج عروة بن الزبير بنت أخيه وهي صبية ابنه، والناس يومئذ متوافرون، وعروة من هو.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول على هذه المسألة في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم مستوفى فليس لإعادته ها هنا معنى، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن المرأة الغريبة الكبيرة تلجأ إلى الرجل فيقوم لها بحوائجها ويناولها الحاجة هل ترى ذلك حسناً؟ قال: لا بأس به، وليدخل معه غيره أحب إليّ، ولو تركها الناس لضاعت.

قال محمد بن رشد: وهذا على ما قال: إنه جائز للرجل أن يقوم للمرأة الأجنبية في حوائجها ويناولها الحاجة إذا غض بصره عما لا يحل له النظر إليه مما لا يظهر من زينتها لقول الله عز وجل: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾(٩) وذلك الوجه والكفان على ما قاله أهل التأويل فجائز للرجل أن

(٩) الآية ٣١ من النور.

ينظرُ إلى ذلك من المرأة عند الحاجة والضرورة، فإن اضطر إلى الدخول عليها أدخل معه غيره ليبعد سوء الظن عن نفسه، فقد روي أَنَّ رُجُلَيْن مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ لَقِيَا النَّبِيَّ ﷺ وَمَعُه صَفيَّةُ زَوْجَتُهُ رَضِيَ الله عَنْها فَقَالَ لَهُمَا: «إنَّها صَفِيَّةُ» فقالا: سُبْحَانَ اللهِ يا رَسُولَ اللهِ، فَقَالَ: «إنَّ الشَّيطَان يَجْرِي مِن ابْنِ آدَمَ مَجْرَى الدَّمِ، وإِنِّي خَشِيتُ أن يَقْذِفَ فِي قُلوبكُمَا فَتَهْلِكَا»(١٠)، أو كما قال ﷺ.

مسألة

وقال: لو أن رجلاً قال لامرأته: أنت طالق إن تزوجت عليك إلا بإذنك أو رضاك فقال لها: خذي مني مائة دينار وأْذني لي في التزوج، قال: لا يجوز ذلك إلا عندما يريد أن يفعل.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة موعباً في أول رسم من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته.

مسألة

قال ابن القاسم: لو أن امرأة طلقها زوجها طلقة واحدة قبل أن يدخل بها ثم مات فظهر بها حمل وزعمت أنه منه وأنه كان يأتيها في أهلها قُبِلَ قَوْلُها وورثه الولد، ولم يكن لها هي ميراث، ولم يكن لها أكثر من نصف الصداق الذي أخذت.

قال محمد بن رشد: أما الولد فلا اختلاف في أنه يلحق به ويرثه إذا أتت به بعد موته لما يشبه أن يكون منه وزعمت أنه منه وكان ما قالت من إتيانه إليها في أهلها يمكن على ما قال في المدونة فقول النبي ﷺ: «الوَلَدُ

(١٠) أخرجه البخاري في الصحيح وأبو داوود في السنن وهو أيضاً في سنن ابن ماجه ومسند أحمد.

لِلْفِرَاش»(١١) لأنها قد صارت فراشاً له بعقد النكاح، فوجب أن يلحق به ولدها إذا ادعت أنه منه إلا أن يتبين كذبها أو يكون حياً فينكر ويُلَاعِنُ، وأما الصداق والميراث فقد قال محمد بن المواز: إن الصواب أن يكون لها الصداق كاملاً والميراث إن مات قبل انقضاء العدةللحوق الولد،وروى مثله زياد بن جعفر عن مالك في المَدَنِيَّةِ، وهو الذي يأتي على أصولهم في أن لحوق النسب يدفع التهم، من ذلك قولهم في الذي يقر في مرضه الذي مات منه بحمل أمته أنه منهوورثتهكلالة أنها تعتق من رأس المال، وقولهم في الملاعن يستلحق ولده بعد موته وله ابنة أو ولد إن له ميراثه منه مع الابنة أو الولد بخلاف إذا استلحقه بعد موته ولا ولد له على ما وقع في نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق، وقول ابن القاسم ها هنا وفي المدونة أظهر، إذ لا ضرر على المرأة في لحوق النسب بزوجها يسقط عنها التهمة في دعواها الصداق والميراث بل لها في ذلك منفعة وهو سقوط الحد عنها، فهي مدعية في الجميع إلا أن السنةأحكمت أن يدرأ الحدّ عنها لإمكان ما ادعت من إتيان زوجها إياها في أهلها وإلحاق النسب بالزوج للحق الذي له في ذلك إذ لم يعلم منه إنكار لما ادعت، والله الموفق.

مسألة

وسألته عن المرأة يكون معها ولد فتزوج فيولد لها من زوجها ثم يموت الصبي الذي تزوجت له فتزعم أنه لم يكن ولدها وإنما هو ولد كان لسيدها ترضعه ويطلبها زوجها ميراث ابنه منه فيأتي بشاهدين يشهدان أنه ابنها، فقال ابن القاسم: يثبت ميراث ولد زوجها منهامنه بشهادة الشاهدين، قلت: فإن استلحقته بعد ذلك فقالت: هو ولدي هل يكون لها ميراثها منها؟ فقال: لا يقبل قولها

(١١) تمامه: (وللعاهر الحجر) وهو في صحيح البخاري وفي سنن أبي داوود وفي سنن النسائي وفي سنن ابن ماجه وعند مالك في الموطأ.

ولا يكون لها من ذلك شيء بعد الإنكار، قلت: فمصابتها[١٢] ما تصنع به؟ وهل يقسم على ورثة الصبي دونها ويكون كمن لا أم له؟ وكيف إن قسم هل يرث ابنها من زوجها من مصابتها شيئاً وهو إنما ورث بولادتها ومن قبلها؟ قال: تكون مصابتها منه بين جميع من يرث الصبي ابنها وغيره.

قال محمد بن رشد: ليس للأم أن تستلحق ولدها فسواء زعمت أنه لم يكن ولدها أو أقرت بذلك لا يستحق الزوج ميراث ابنه منه إلا بشهادة الشاهدين، ولا تستحق هي ميراثه باستلحاقها إياه ولا بشهادة الشاهدين بعد الإنكار، على هذا يحمل قوله، ولا يلتفت إلى ما يدل عليه ظاهره من خلاف ذلك، وإذا بطل ميراثها منه بشهادة الشاهدين لإنكارها أن يكون ابنها كان كمن لا أم له، وورثه سائر ورثته دونها، وقوله: إن ميراثها منه يكون بين جميع من يرثه ابنها وغيره كلام فيه نظر لأن ابنها من الزوج أخو الميت لأمه، فميراثه منه السدس فريضة فرضها الله له فكيف يصح أن يكون له من مصابة أمه شيء فيكون قد ورث أكثر من السدس؟ هذا لا يصح، وإنما يستقيم قوله: إن كان يدخل الفريضة عَوْلٌ بميراث الأم ينتقص ابنها به من السدس فإذا بطل ميراث الأم كان له منه تمام السدس إن ارتفع العول من الفريضة أو ما يجب له منه ما بينه وبين السدس إن لم يرتفع العول جملة، مثال هذا في ارتفاع العول أن يترك الصبي المتوفى أمه وأخوين لأم أحدهما ابنها من هذا الزوج وأختين لأب، ويثبت ذلك كله بالبينة وتنكر الأم أن يكون المتوفى ابنها فتكون الفريضة على أن الأم وارثة من ستة وتعول إلى سبعة فيرجع كل واحد من الأخوين للأم من السدس إلى السبع، فإذا أنكرت الأم أن يكون المتوفى ابنها بطل ميراثها وارتفع العول من الفريضة فكان لكل واحد من الورثة تمام فريضته من ميراثها ابنها من الزوج وغيره من الورثة، فهذا وجه قوله يكون

---

(١٢) في التاج ما لفظه: «وأصاب الإنسان من المال وغيره أي أخذ وتناول».

مصابتها منه بين جميع من يرث الصبي ابنها وغيرها، لا وجه له إلا هذا، وبالله التوفيق، ولا قوة إلا بالله.

ومن كتاب أوله سلف ديناراً

في ثـوب إلى أجل

وسئل مالك عن الرجل يدعى إلى الصنيع فيجد فيه اللعب أيدخل؟ قال: إن كان الشيء الخفيف مثل الدف والكبـر الذي يلعب به النساء فما أرى بأساً.

قال محمد بن رشد: يريد بالصنيع صنيع العرس أو صنيع العرس والملاك على ما قال أصبغ في سماعه لأن ذلك هو الذي رخص في بعض اللهو فيه لما يستحب من إعلان النكاح مع ما جاء في ذلك، روي أن رسول الله ﷺ قال: «أَعْلِنُوا هَذَا النِّكاح وَاجْعَلُوهُ فِي المَسَاجِدِ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بالدُّفَافِ»(١٣)، وأنه قال: «فَصْلُ بَيْنَ الحَلَالِ وَالحَرَامِ الدُّفُّ وَالصَّوْتُ»(١٤)، وأنه ﷺ مَرَّ ببني زُرَيْقٍ فَسَمِعَ غناءً وَلَعِباً فَقَالَ: «مَا هَذَا؟» فَقَالُوا: نَكَحَ فُلَانٌ يَا رَسُولَ اللهِ، فَقَـالَ: «هَذَا النِّكَـاحُ لا السِّفَـاحَ، ولاَ نِكَـاحَ حَتَّى يُسْمـعَ دُفٌّ أَوْ يُـرَى دُخانٌ»(١٥)، فاتفق أهل العلم فيما علمت على إجازة الدف وهو الغربال في العرس، واختلفوا في الكبر والمِزْهر على ثلاثة أقوال: أحدها أنهما يحملان جميعاً على محمل الغربال أو يدخلان مدخله في جواز استعمالهما في العرس، وهو قول ابن حبيب، والثاني أنه لا يحمل واحد منهما محمله ولا يدخل معه ولا يجوز استعماله في عرس ولا غيره، وهو قول أصبغ في سماعه بعد هذا من هذا الكتاب، وعليه يأتي ما في سماع سحنون عن ابن القاسم من كتاب جامع البيوع أن الكبر إذا بيع يفسخ بيعه ويؤدب أهله لأنه إذا قال ذلك في الكبر

---

(١٣) هو في صحيح الترمذي وسنن ابن ماجه ومسند ابن حنبل.
(١٤) هو في سنن النسائي وفي سنن ابن ماجه وفي مسند أحمد.
(١٥) لم أقف عليه.

فأحرى أن يقوله في المزهر لأنه ألهى منه، والثالث أنه يحمل محمله ويدخل مدخله الكبر وحده دون المزهر، وهو قول ابن القاسم ها هنا، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الوصايا، وعليه يأتي ما في سماع عيسى من كتاب السرقة أن السارق يقطع في قيمة الكبر صحيحاً. ولابن كنانة في المدونة إجازة البوق في العرس، فقيل: معنى ذلك في البوقات والزمارات التي لا تلهي كلَّ الإلْهَاءِ، والله أعلم، واختلف في جواز ما أجيز من ذلك فقيل: ما هو من قبيل الجائز الذي يستوي فعله وتركه في أنه لا حرج في فعله ولا ثواب في تركه، وهو المشهور في المذهب، وقيل: إنه من قبيل الجائز الذي تركه أحسن من فعله، فيكره فعله لما في تركه من الثواب لا أن في فعله حرجاً أو عقاباً وهو قول مالك في المدونة أنه كره الدفاف والمعازف في العرس وغيره، واختلف هل يجوز ذلك للنساء دون الرجال أو للنساء والرجال؟ فقال أصبغ في سماعه: إن ذلك إنما يجوز للنساء دون الرجال، وإن الرجال لا يجوز لهم عمله ولا حضوره، والمشهور أن عمله وحضوره جائز للرجال والنساء، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية في سماع أصبغ خلاف قول أصبغ، وهو مذهب مالك رحمه الله، إلا أنه كره لذي الهيئة من الناس أن يحضر اللعب، روى ذلك ابن وهب عنه في سماع أصبغ، وأما ما لا يجوز عمله من اللهو في العرس فلا يجوز لمن دعي إليه أن يأتيه، وقد مضى القول على ذلك في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم.

مسألة

وقال ابن القاسم في رجل شرط لامرأته في عقدة النكاح إن خرج بها إلا بإذنها فهي طالق، فخرج بها بإذنها فسألته أن يردها فحلف بطلاقها البتة ألا يردها، قال: يحنث إذا أبى أن يردها إن سألته ذلك لأن مالكاً قال: عليه أن يردها إذا سألته ذلك، فإن لم يردها حنث، كان عليه الطلاق إن ردها أو لم يكن إذا حلف لها بالطلاق أن لا يخرجها إلا بإذنها فأخرجها بإذنها ثم سألته أن يردها لم

يكن عليه أن يردها، ولا حنث عليه إذا خرج بها بإذنها، قال مالك: وتحلف بالله ما كان إذنها له تريد به قطعاً لشرطها، فإن حلفت كان عليه أن يردها، قال: وأخبرني سحنون عن ابن القاسم أنه قال: لا يعجبني إذا خرج بها برضاها أن يكون عليه أن يردها إلا أن يردها طائعاً فيحنث كما قال مالك في أول مرة، وذلك أنه لو شرط لها ألا يتزوج عليها إلا بإذنها فأذنت له ثم أرادت أن تفسخ ذلك لم يكن لها ذلك، وكذلك التسرر.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها محصلاً في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته ههنا،وتعليله في رواية سحنون يدل على أنه لا يمين عليها خلاف رواية عيسى أنه يردها في الشرط بعد يمينها وبالله التوفيق لا شريك له.

ومن كتاب أوله:
إن خرجت من هذه الدار

قال: وسئل مالك عمن زوج أختاً له صغيرة أو ولية له غير أخت صغيرة لم تبلغ أن يستأمرها في نفسها ثم غفل عن ذلك حتى كبرت الجارية فاستوجبت رضاها فرضيت هل يقران على هذا النكاح؟ قال: لا، إلا أن يطول بولادة أو يطول زمان ذلك بعد الدخول، فإن أدرك قبل الفوت فسخ وكانت طلقة، قيل له: فلو مات أحدهما قبل الفسخ هل كانا يتوارثان؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها موعباً في رسم شكٍّ في طوافه من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته هنا.

مسألة

وسئل عن رجل أخذ جارية لأم ولده فزوجها غلامه ثم مات

فطلبت أم الولد جاريتها هل ترى تزويجه إياها غلامه نزعاً من أم ولده؟ قال: لا أراه نزعاً والجارية لأم ولده، والنكاح ثابت، وهو بمنزلة لو زوج جارية لعبده غلامه ثم أعتق سيد الجارية ولم يستثن ماله إن الجارية للعبد والنكاح ثابت.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن العبد وأم الولد مالكان لأموالهما فلا يحمل ما فعل السيد في ذلك على الانتزاع إذا لم يصرح به إلا أن يكون مما لا يصح أن يفعله إلا بعد الانتزاع مثل أن يطأ أو يعتق أو يهب أو يتصدق أو يصالح به عن نفسه وما أشبه ذلك، وقد اختلف إذا رهنه في دين عليه فقال في المدونة: إن ذلك لا يكون انتزاعاً وإن افتكه بقي على ملكه إلا أنه لم يجز له إن كانت أمة أن يطأها لأنه رأى ذلك تعريضاً للانتزاع، وقد قيل: إن الرهن انتزاع لأن للمرتهن حقاً في عين الرهن يجب له به أن يباع في حقه وما في المدونة أظهر، إذ للسيد أن يفتكه، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك في الرجل يتزوج المرأة فتشترط عليه أن لا يتزوج عليها، فإن فعل فالتي يتزوج طالق البتة، فإن لم يفعل فأمرها بيدها فيتزوج، فقال: إن لم يطلق فأمرها بيدها، ولا يقع عليه طلاق إن تزوج، إنما يومر أن يطلق التي تزوج وإلا اختارت نفسها امرأته التي تحته، فإن لم يفعل لم يلزمه ذلك.

قال محمد بن رشد: قد تكررت هذه المسألة في رسم القبائل من سماع ابن القاسم، وقد مضى القول عليها هناك، فلا معنى لإعادته ها هنا، والحمد لله.

مسألة

قال ابن القاسم: إذا فوض إلى الرجل أمر امرأته فمرض ففرض لها في المرض فدخل بها فإنه إن كان فرض لها مثل صداق

مثلها فإن ذلك لها وإن أحاط بجميع ماله، وإن زاد على صداق مثلها ثم مات من مرضه ذلك ردت إلى صداق مثلها، قال: وذلك إذا عقد نكاحها في الصحة، قال: ولو كان فرض لها في المرض فلم يدخل بها ثم مات لم يكن لها من الصداق شيء، وكان لها ميراثها منه، ولو كان فرض لها في مرضه ولم يدخل بها ثم ماتت وصح هو من مرضه كان لورثتها.

قال محمد بن رشد: أما إذا فوض إليه في الصحة وفرض في المرض ودخل فإن كان فرض لها صداق مثلها أو أقل فرضيت به فلا اختلاف في أن لها ما سمى لها من الصداق من رأس ماله وإن مات من مرضه ذلك، وإن كان فرض لها أكثر من صداق مثلها وصح من مرضه كان لها جميع ما فرض، وإن مات من مرضه كان لها صداق مثلها من رأس ماله وبطل الزائد إلا أن يجيزه الورثة لأنه وصية[16] لوارث إلا أن تكون ذمية أو أمة فقيل: إن ذلك يكون لها من الثلث وصية، وهو قول ابن المواز، وحكاه عن مالك، وقيل: إنه يبطل لأنه لم يسم ذلك لها على سبيل الوصية، وهو قول ابن الماجشون، وأما إذا فوض إليه في الصحة وفرض في المرض ولم يدخل فمات من مرضه فلا شيء لها إلا أن يجيز ذلك الورثة لأنه وصية لوارث إلا أن تكون ذمية أو أمة فقيل: إن ذلك يكون لها من الثلث، وقيل: يبطل على ما تقدم من الاختلاف في الزيادة على صداق المثل إذا دخل، إذ لا فرق بين الزيادة إذا دخل وبين الجميع إذا لم يدخل، وإن لم يمت من مرضه وصح منه وهي حية ثبت لها جميع ما فرض باتفاق، واختلف إن لم يصحَّ من مرضه حتى ماتت على ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا شيء لورثتها مات من مرضه أو صح منه، وهو قول ابن المواز، والثاني: إن صح من مرضه كان لورثتها، وإن مات منه كان لهم من الثلث لأنها تصير وصية لغير وارث، وإلى هذا ذهب الفضل، وهو الذي يأتي على ما في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات،

(١٦) كذا بالأصل وفي ق ١: (لا وصية).

والثالث: أنه إن صح من مرضه كان لورثتها، وإن مات منه لم يكن لهم شيء لأن الموصى له إذا مات قبل [موت](١٧) الموصي بطلت وصيته، وهذا قول أصبغ. ودليل قول ابن القاسم في هذه الرواية ولو كان فرض لها ولم يدخل ثم ماتت وصح هو من مرضه كان لورثتها لأن قوله إن ذلك يكون لورثتها إن صح يدل [على](١٨) أن ذلك ليس(١٩) لهم إن لم يصح، وهو قول محمد بن إبراهيم بن دينار في هبة البتل في المرض إذا مات الموهوب له قبل الواهب فمات الواهب من مرضه ذلك، والفرض في المرض كهبة البتل في المرض سواء،فقف على ذلك كله وتدبره، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن رجل تزوج امرأة واشترط عليه إن تزوج عليها فأمر التي تزوج عليها بيدها فتجن ويذهب عقلها فيريد زوجها أن يتزوج عليها، قال: لا يتزوج عليها أبداً.

قال محمد بن رشد: إن تزوج عليها فسخ نكاحه قاله ابن القاسم في سماع أبي زيد في الصغيرة التي لا تعقل، وهو في المجنونة أحرى أن يفسخ، فإن تزوجها منع من وطئها حتى تفيق امرأته متى أفاقت فتقضي أو تترك، قال ذلك أصبغ. ووجه قول ابن القاسم أنه لما كان إن تزوجها لم يقدر على وطئها من أجل التمليك الذي أوجب فيها حتى يعلم ما عند المملكة من القضاء أو الرد كان كمن تزوجها على أن لا يطأها حتى تصح المملكة من جنونها، ووجه قول أصبغ أن هذا التحجير في الوطء لما لم يكن شرطاً في العقد وإنما أوجبه الحكم لم يؤثر في صحة العقد كالتحجير الذي يوجبه الحكم وليس بشرط في أصل العقد، ولابن القاسم في كتاب ابن المواز خلافه أنه إذا

(١٧) إضافة من ق ١.

(١٨) إضافة من ق ١.

(١٩) في ق ١: (لا يكون) بدل: (ليس).

استونى في أمرها فلم تفق كان له أن يتزوج عليها، فإن أفاقت يوماً ما كان ذلك بيدها، وأنكر ذلك أصبغ، وسيأتي في سماع أبي زيد من هذا الكتاب وفي رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير إذا ملك الصغيرة أمر نفسها ففيها شبهة من هذه.

مسألة

وسئل عن رجل زوج أمتين له من رجل ثم زعم بعد تزويجه أنهما ابنتاه، قال: يثبت نسبهما ويفارق الآخرة منهما، قال عيسى: إن كان نكاحه إياهما في [غير][20] عقد واحد، فإن كان في عقد واحد فسخ نكاحهما جميعاً ثم يتزوج أيتهما أحب بعد الاستبراء.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن استلحاق الأب ابنه جائز، فلا فرق بين أن يستلحق الأمتين بعد أن زوجهما أو يثبت نسبهما منه بالبينة، فإن كان تزوجهما الزوج واحدة بعد واحدة فرق بينه وبين الآخرة بغير طلاق ولم يكن لها شيء من الصداق إلا أن يكون قد دخل بها فيكون لها جميع الصداق، وإن لم تعلم الآخرة منهما فرق بينه وبينهما جميعاً دخل بهما أو لم يدخل بهما وكان له أن يتزوج من شاء منهما بعد أن يستبرئها بثلاث حيض إن كان قد دخل بها، ومن دخل بها منهما كان لها جميع صداقها، وإن كان تزوجهما في عقد واحد فسخ نكاحهما جميعاً بغير طلاق وكان لكل واحدة منهما جميع صداقها إن كان قد دخل بها، ويتزوج أيتهما شاء بعد الاستبراء بثلاث حيض، إن كان قد دخل بها.

مسألة

وقال مالك في البكر إذا أقامت مع زوجها أمداً يسيراً الشهر والشهرين ونحو ذلك، فيعرض لزوجها دونها ثم فارقها، قال: فإن

(٢٠) إضافة من ق ١.

أباها يزوجها بغير أمرها، قال عيسى: قلت لابن القاسم: فالستة الأشهر؟ قال: أرى أن يؤامرها فيها، فإن زوجها ولم يستأمرها فالنكاح جائز.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها في أول رسم حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان من سماع ابن القاسم فلا وجه لإعادة ذلك مرة أخرى.

ومن كتاب أوله أسلم وله بنون صغار

وسئل مالك عن الرجل يزوج أمته من عبده فيجذم العبد هل يفرق بينهما؟ قال: نعم يفرق بينهما، وأرى للسيد أن يرفع ذلك للسلطان فيكون السلطان هو الذي يفرق بينهما إذا كان جذاماً بيناً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأنهما زوجان فلا فرق بينهما وبين الحُرَّيْن فيما تجب التفرقة [به][21] بينهما من الجنون والجذام والبرص، وليس للسيد أن يفرق بينهما لأن التفرقة طلاق، وهو ليس إليه الطلاق، وقد مضى في رسم نقدها من سماع يحيى ما تجب التفرقة به من ذلك بين الحرين مما لا تجب، ولا اختلاف أن العبدين في ذلك بمنزلتهما، وإنما اختلف هل يحال بين الأجذم وبين وطء امائه فروى عيسى عن ابن القاسم في كتاب السلطان أنه يحال بينه وبين ذلك، وقال سحنون: إنه لا يحال بينه وبين ذلك، وقول ابن القاسم هو الصواب، والله أعلم، لقول النبي عليه السلام: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ[22]» وهو عام في جميع الأشياء، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن المفقود يضرب لامرأته أجل

(٢١) زيادة من ق ١.

(٢٢) هو في سنن ابن ماجه والموطأ وفي مسند أحمد بن حنبل.

المفقود فتتزوج في العدة هل تحرم على من تزوجها في العدة كما تحرم التي تتزوج في عدة الوفاة؟ قال: إذا تزوجت في الأربع سنين فرق بينهما دخل بها أو لم يدخل بها، ثم يخطب مع من يخطب إذا حلت إن أحب، وإذا تزوجها في الأربعة الأشهر وعشر التي تكون بعد الأربع سنين فإنه إن دخل بها فرق بينهما ثم لا يتناكحان أبداً، وهو بمنزلة من تزوج في العدة وكذلك قال مالك رحمه الله.

قال محمد بن رشد: وهذا ما دام أمره لا يعرف، فإن عرفت حياته أو عرف أن موته كان في وقت لا تكون تلك الأشهر عدة فلا تحرم بذلك ولا يكون ناكحاً في عدة، وكذلك لو جاء أنه مات بعد الأربعة أشهر وعشر فلا يكون ناكحاً في عدة، وكذلك لو تزوجها في الأربع سنين أو بعد انقضاء الأربعة الأشهر وعشر ثم انكشف أن تزويجها كان في عدة من موته فإنها تحرم عليه ويكون ناكحاً في عدة، ولو تزوجت في العدة ففسخ النكاح ثم تزوجت بعد الاستبراء بثلاث حيض ثم قدم المفقود أو علمت حياته لكان متزوجها في العدة متزوجاً في عدة لأن الأربعة الأشهر التي بعد أجل المفقود محمولة على أنها عدة توجب التحريم على من تزوج فيها في موضعين: أحدهما ما لم تعلم حياته ولا موته، والثاني إذا قدم أو علمت حياته بعد أن تزوجت تزويجاً صحيحاً لأنه إذا انكشفت حياته أو موته قبل أن يفوت فالنكاح صحيح على ما ينكشف في ذلك مما هو عدة أو ليس بعدة، هذا كله معنى ما في المدونة وكتاب ابن المواز وغيره، قال في المدونة: لأن عمر بن الخطاب فرق بين المتناكحين في العدة في الجهل والعمد وقال: لا يتناكحان أبداً، وهذا يدل على أن تحريمها عليه أبداً إنما هو عبادة لا لعلة، وأما على ما قالوا من أن ذلك إنما هو عقوبة لما فعل من مخالفة أمر الله بتعجيل النكاح قبل أن يبلغ الكتاب أجلَهُ فكان الأظهر إذا تزوجها بعد انقضاء الأربع سنين وبعد انقضاء الأربعة أشهر وعشر ألا تحرم عليه إن انكشف أن نكاحه إياها كان في عدتها وأن يكون معذوراً بجهله إذ لم يتعد ولا فعل إلا ما يجوز له مع ما في ذلك من الاختلاف، لأن علي بن أبي

طالب رضي الله عنه لا يرى أن تحرم عليه، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، وهو قول ابن نافع وروايته عن عبد العزيز بن أبي سلمة، وقد روي أن عمر بن الخطاب رجع إلى قول علي بن أبي طالب في ذلك، وأما من نكح في العدة عالماً بها وجهل أن ذلك لا يجوز فلا يعذر بجهله على أصولهم، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن رجل تزوج وله أم ولد فاشترطت عليه في أصل النكاح أنه إن قَرِبَ أم ولده إلا بإذنها فأمرها بيدها إن شاءت أعتقت وإن شاءت حبست وأنه استأذنها في وطئها فأذنت له أو لم يستأذنها وكان يأتيها وهي تعلم ثم غارت فأرادت أن تقوم عليه بذلك الشرط فقال: إن أذنت له مرة أو علمت أنه كان يأتيها فقرت ورضيت فلا أمر لها ولا قضاء فيما اشترطته من ذلك، وسواء أذنت أو لم تأذن له إذا علمت فقرت، قال أصبغ: ولو أن رجلاً قال لامرأته: إن وطئت فلانة إلا برضاك لجارية له فهي حرة وأنت طالق فوطئها وهي تنظر فزعمت أنها لم ترض رأيته حانثاً ولا أرى سكوتها رضى، فإن ادعى الزوج أنها أذنت له قبل وطئه إياها كلف البينة على الإذن، فإن أتى بالبينة وإلا مضى عليه الأمر، قال أصبغ: وإن جاء مستفتياً رأيت أن يدين ذلك(٢٣).

قال محمد بن رشد: قول أصبغ في الرضا ليس بخلاف لقول ابن القاسم في الإذن لأن الإذن بخلاف الرضى، لا اختلاف في أن السكوت لا يعد رضىً، إذ قد يسكت الإنسان عن إنكار الفعل وهو لا يرضاه، واختلف في السكوت هل يعد إذناً في الشيء وإقراراً به أم لا على قولين، من ذلك ما في سماع أصبغ من كتاب التدبير، وما في سماع عيسى من كتاب المديان

(٢٣) كذا بالأصل وفي ق ١: (بذلك).

والتفليس ومن كتاب الدعوى والصلح، وما في سماع أصبغ من كتاب جامع البيوع، ومسألة إرخاء الستور من المدونة في الذي يراجع امرأته فتسكت ثم تقول بعد ذلك: إنها قد كانت انقضت عدتها، فجواب ابن القاسم في الذي اشترطت عليه امرأته ألا يقرب أم ولده إلا بإذنها فوطئها وهي تعلم يأتي على أحد القولين، وأظهر القولين أن سكوتها لا يكون إذناً لأن في قول النبي ﷺ «والْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»[٢٤]، دليل على أن غير البكر بخلاف البكر في الصمت، وقد أجمعوا على ذلك في النكاح، فوجب أن يقاس ما عداه عليه إلا ما يعلم بالعرف والعادة أن أحداً لا يسكت عليه إلا راضياً به فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار به، كالذي يرى حمل امرأته فيسكت ولا ينكره ثم ينكره بعد ذلك وما أشبهه، وتفرقة أصبغ ها هنا في مسألة الرضا بين أن يأتي الزوج مستفتياً أو مخاصماً هو مثل ماله في نوازله من كتاب الأيمان بالطلاق في الزوجة وأم الولد ومن أشبههما ممن لا يشهد على مثله بخلاف من يشهد عليه، فظاهر قوله هناك أن من شهد عليه لا يصدق عليه وإن أتى مستفتياً وهو بعيد، والصواب أن من لا يشهد على مثله يصدق عليه وإن كان مخاصماً، وأن من يشهد على مثله لا يصدق عليه إلا أن يأتي مستفتياً.

مسألة

وسئل عن الرجل يبيع لابنته البكر الرأس يساق إليها في صداقها ويشتري لها بثمنه ما يجهزها به من حلى أو غيره فقال: لا بأس بذلك، وليس لزوجها في ذلك تكلم، قيل له: فلأبيها أن يشتري ذلك الرأس لنفسه؟ قال: نعم، ذلك له إذا كان شراؤه صحيحاً ببينة وأمر معروف.

قال محمد بن رشد: أما بيع الأب في جهاز ابنته الرأس يساق إليها في صداقها فلا إشكال في أنه لا متكلم للزوج في ذلك وإنما له متكلم إن أراد

(٢٤) انظر الصحيحين والسنن للترمذي والنسائي وأبي داوود وابن ماجه وانظر أيضاً موطأ مالك ومسند أحمد.

الأب أن يمسكه ولا يجهزها بثمنه إذ ذلك من حقه على مذهب مالك وأصحابه، وأما شراؤه إياه لنفسه فإنما شرط فيه أن يكون ذلك ببينة أو أمر معروف لأنه يتهم لنفسه فهو في ذلك محمول على غير السداد حتى يعلم السداد فيه بخلاف بيعه من غيره، وسيأتي في رسم حلف ألا يبيع سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات شراؤه لنفسه الرأس الذي يتصدق به على ابنته ونتكلم عليه إن شاء الله.

ومن كتاب الثمرة

قال ابن القاسم في الرجل يزوج ابنته على أنها صحيحة فتمكث سنة أو نحوها فتجذم فيدعي الأب أنها جذمت بعد النكاح وقال الزوج: بل زوجتنيها مجذومة، على من ترى البينة؟ قال ابن القاسم البينة على الزوج أنها كانت جذماء، والأب مصدق لأنه زوجه وائتمنه فالقول قوله إلا أن يأتي الزوج بالبينة ورواها أصبغ.

قال محمد بن رشد: إنما يصدق الأب ويكون القول قوله إذا كان التداعي بعد الدخول، وأما إن كان التداعي قبل الدخول فالقول قول الزوج، وعلى الأب البينة أنه زوجه إياها صحيحة وأن ذلك حدث بها بعد عقد النكاح، كما يكون القول قول المشتري فيما وجد بالعبد المشترى قبل القبض من العيوب التي تقدم وتحدث، وقد وقع بيان هذا في سماع سحنون من كتاب التخيير والتمليك، فقف على ذلك. وقال: إن القول قول الأب ولم يبين هل يحلف ولا كيف يحلف إن حلف ولا ما يكون الحكم إن نكل، وهذا كله محمول على قولهم في البيوع، فلا بد من يمين الأب، وينبغي أن يحلف على العلم لأن ذلك مما يخفى لأنه وإن كان الآن ظاهراً لا يخفى فقد يمكن أن يكون كان في وقت العقد مما يخفى لأنه مما يزيد إلا أن يشهد أن مثل هذا الجذام لا يكون في وقت العقد إلا ظاهراً لا يخفى فيحلف على البت، فإن نكل عن اليمين حلف الزوج وكان له الرد، قيل على العلم في الوجهين، وقيل على

نحو ما وجبت اليمين على الأب، هذا هو المشهور في المذهب، وفي سماع يحيى من كتاب العيوب أن الأيمان في ذلك كله لا تكون إلا على البنت، وكذلك الأخ بمنزلة الأب، وأما غيرهما من الأولياء فلا يمين عليهم، وإنما تحلف هي، قاله ابن حبيب في الواضحة وهو صحيح، وبالله التوفيق.

مسألة

وقد قال مالك: لا ينبغي لأحد أن يشهد كتاباً فيه شروط بالطلاق أو حرية أو مشي إلى مكة.

قال محمد بن رشد: لما كره مالك رحمه الله النكاح على هذه الشروط كره للشهود أن يشهدوا عليها إذ لا ينبرم العقد إلا بشهادتهم، وقد قال في سماع ابن القاسم من كتاب السلطان أشرت على قاض منذ دهر أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته وأنه كان كتب بذلك كتاباً وصيح به في الأسواق وعابها عيباً شديداً والله يوفق برحمته للصواب.

ومن كتاب العشور

قال: وسئل مالك عن رجل غر قوماً بمال لغيره فأعطاهم إياه وزوجوه ثم جاء أهل المال فوجدوه بعينه أو قد استهلك وقد بنى أو لم يبن، قال ابن القاسم: إن علم أنها أموالهم بعينها أخذوها والنكاح ثابت، وإن كان قد بنى لم يمنع من أهله وكان ذلك ديناً يتبع به، وإن كان لم يدخل تُلُوِّمَ له في الصداق فإن جاء به وإلا فرق بينهما، قلت: وهل يختلف إن كان أهل تلك الأموال استتجروه في أموالهم تلك أو أسلفوه أو باعوه بدين أو سرقها، فقال: إن كان أسلفوه أو باعوه فالمرأة أولى بها ودينهم في ذمته، وإن كان مالاً استتجروه به على قراض أوأجرة يعمل لهم فيه أو سرقه فقامت لأهل

تلك الأموال بينة أنها لهم أخذوها، وهذا الشأن في هذا، قال سحنون: وكذلك أن لو تزوج بعبد اغتصبه أو بعبد جار له فالنكاح ثابت دخل أو لم يدخل ويكون لها قيمته، وهو خلاف الحر من قِبَلِ أن الحرّ لو مات لم تكن له ضامنة وأن العبد المغصوب كانت له ضامنة، ولو كانت عالمة فسخ قبل البناء وثبت بعده وكان لها صداق مثلها، قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في الذي يتزوج بالحر أو بالعبد لغيره: لا يفسخ على حال دخل أو لم يدخل، تعمد ذلك بمعرفةٍ أو لم يتعمد، قال أصبغ: وكذلك لو علمت هي بحرية الحر ولو يعلم الزوج مثله، قال: ولو علما جميعاً أنه حر وعليه كان نكحها فسخ قبل الدخول وثبت بعده ولها صداق مثلها.

قال محمد بن رشد: كان الشيوخ يحملون قول ابن القاسم في هذه الرواية وإن كان بنى لم يمنع من أهله على أنه لا يكون من حق الزوجة أن تمنعه من التمادي على وطئها إذا استحق الصداق من يدها بعد الدخول بها، وإلى هذا ذهب ابن المواز فقال: معناه إذا بقي بيدها من صداقها ربع دينار فأكثر، فأما إن لم يبق بيدها منه شيء فلها أن تمنعه نفسها حتى يعطيها ربع دينار، وهذا لا يصح عندي في هذه المسألة من أجل أن الزوج غارٌّ بها، وإنما يشبه أن يكون ذلك له إذا لم يغرها حسبما مضى القول فيه في رسم الطلاق من سماع أشهب، فالمعنى عندي في قوله: وإن كان بـنى لم يمنع من أهله أي لم يمنع ذلك بالفتوى إذ لا يكره له التمادي على وطئها إذَا استحق الصداقُ من يـدها بعد الدخول بها كما يكره له الدخول بها ابتداء قبل أن يدفع إليها صداقها أو ربع دينار منه، لأنه لا يمنع من ذلك بالحكم امرأته إذا امتنعت منه حتى يوفيها حقها، فليس قول ابن القاسم في هذه الرواية على هذا التأويل بخلاف لما مضى في رسم الطلاق من سماع أشهب، ويتحصل في هل للمرأة إذا استحق الصداق من يدها بعد الدخول بها أن تمنع زوجها من التمادي على وطئها حتى يوفيها حقها أم ليس لها ذلك وتتبعه بدينها ثلاثة أقوال:

أحدهاأن ذلك لها غرَّها أو لم يغرها، وهو ظاهر رواية أشهب عن مالك، وهوأظهر الأقوال، والثاني أن ذلك ليس لها وإن غرها، وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذه الرواية على ما كان الشيوخ يحملونـه عليه، وهـو أضعف الأقوال، والثالث الفرق بين أن يغرها أو لا يغرها، وهو أعدل الأقوال، ويتحصل أيضاً على اعتبار قول من يرى أنه يكره له التمادي على الـوطء إذا استحق الصداق بعد الدخول كما يكره له الدخول ابتداء قبل دفع الصداق أو ربع دينار منه، وهو قول ابن المواز خلاف مذهب ابن القاسم ثلاثةأقوال في كل طرف أعني إذا غرها وإذا لم يغرها: أحدها أن لها أن تمنعه نفسها حتى تأخذ حقها فيما استحق من صداقها، والثاني أنه ليس لها أن تمنعه نفسها وإن استحق جميع صداقها ولم يبق بيدها منه شيء، والثالث أن لها أن تمنعه نفسها إن استحق جميع صداقها حتى يدفع إليها منه ربع دينار، وليس لها أن تمنعه نفسها إن استحق بعضه فبقي في يدها منه ربع دينار فأكثر. وقوله: إن الغرماء إن كانوا أسلفوه أو باعوه فالمرأة أولى بما أعطاها ويكون دينهم في ذمته يدل على أن للمديان الذي استغرقت الديون ذمته أن يتزوج وأن ينفق على زوجته مما بيده من أموال غرمائه، وذلك قائم من المدونة لأن قوله فيها ليس له أن يتزوج في المال الذي فلس فيه يدل على أنَّ له أن يتزوج قبل أن يفلس، والوجه في ذلك أن الغرماء على هذا عاملوه، فإنما يجوز ذلك إذا تزوج امرأة تشبه مناكحه وأصدقها ما يصدق مثله، وأما إن تزوج امرأة لا تشبهه فأصدقها ما لا يشبه أن يصدق مثله فلا يجوز ذلك له، ويكون للغرماء أن يأخذوا مما أصدقها ما زاد على ما يشبه مناكحه وتتبع بذلك هي زوجها، وتفرقة سحنون بين أن يستحق الصداق من يد المرأة وهو عبد بحرية أو ملك خلاف مذهب ابن القاسم سواء على مذهب ابن القاسم استحق بحرية أو ملك ويكون لها قيمة العبد إن استحق بملك، وقيمة الحر أن لو كان عبداً إن استحق بحرية ولا يفسخ إلا أن يعلما جميعاً المرأة والزوج أن العبد مغصوب أو أنه حر، ووافق سحنون ابن القاسم في العبد إذا استحق بملك، وخالفه فيه إذا استحق بحرية فذهب إلى أنه يكون لها صداق مثلها لا قيمته أن لو كان عبداً كما

يقول ابن القاسم، وهو قول المغيرة، وقد مضى في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب أنها ترجع أيضاً بصداق مثلها، إذا استحق بملك، وقلنا هناك: إن ذلك هو القياس على قولهم في البيوع، فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أنها ترجع بقيمة العبد سواء استحق بحرية أو ملك، والثاني أنها ترجع بصداق مثلها في الوجهين، والثالث تفرقة سحنون بينهما. وقول سحنون ولو كانت عالمة فسخ النكاح قبل البناء ويثبت بعده وكان لها صداق مثلها يريد عالمة بحرية العبد أو أنه مغصوب والزوج عالم أيضاً، ولو علم أحدهما بذلك دون صاحبه لم يفسخ النكاح على مذهبه، فليس قوله في هذا بخلاف لمذهب ابن القاسم. ولابن حبيب في **الواضحة** عن ابن الماجشون وابن كنانة إن علم أحدهما بحرية العبد يفسد النكاح ويوجب فسخه قبل الدخول وصداق المثل بعده.

مسألة

قال: وسئل عمن وطىء امرأة في دبرها أيحصنها ذلك، قال: لا.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن ذلك ليس بوطء جائز، ويتخرج على ما وقع في بعض روايات **المدونة** من أن الوطء في الدبر في الإيلاء أن يقع بذلك الاحصان، والله أعلم.

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

قال: وسألته عن الرجل يتزوج المرأة فيجعل لها شرطاً عند نكاحه إن تزوج عليها فأمر التي تتزوج عليها بيدها أو جعل ذلك بيد أبيها فتزوج عليها فلم تقض فيها شيئاً عند نكاحه إياها حتى لبثت شهراً أو أكثر من ذلك أو أقل فأرادت أن تطلقها عليه بعد، أذلك لها أو لأبيها متى ما أرادت ذلك وإن كنت ترى إذا هو ملكها ولم يدخل بها هو النكاح؟ قال ابن القاسم: إن كانت أشهدت أن ذلك بيدها ينظر فيه أو بيد أبيها فأشهد على ذلك أنه ينظر في ذلك فذلك لهما ما

لم يدخل بها، فإن دخل بها فلا شيء لهما، وإن لم يشهدا حين تزوج أن ذلك بأيديهما لم أر بأيديهما شيئاً من ذلك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال: أحدها أنه إذا لم يقض المملك منهما ساعة تزوج حتى مضى شهر أو أقل أو أكثر فقد سقط ما كان بيده إلا أن يكون أشهد أن ذلك بيده ينظر فيه، وهو على خلاف أصله في أن المملكة التي لم تواجه بالتمليك، وإنما شرط ذلك لها إن غاب عنها أو أضرَّ بها أو ما أشبهه لا يسقط ذلك من يدها إذا لم تقض ساعة وجب لها التمليك ويكون لهاأن تقضي بعد الشهر والشهرين ما لم يطل، قيل بيمين، وقيل بغير يمين على ما وقع من ذلك في سماع ابن القاسم وسماع عيسى من كتاب التخيير والتمليك، فجواب ابن القاسم في هذه المسألة نحو قول ابن وهب في سماع يحيى وقول أشهب في سماع زونان من كتاب التخيير وإن المملكة التي لم تواجه التمليك إذا لم تقض ساعة وجب لها التمليك وفي ذلك المجلس لم يكن لها أن تقضي بعد ذلك على حكم المواجهة بالتمليك في قول مالك الأول، والقول الثاني أن ذلك بيد المملك منهما ما لم يدخل بها أو يطول الأمر قبل البناء، وهو قول مالك في سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك وقول ابن القاسم في كتاب ابن المواز على أصله في المملكة التي لم تواجه بالتمليك، والقول الثالث أن الأمر بيد المملك منهما وإن طال الأمر ما لم يدخل بها يريد أو توقف وهو قول ابن المواز من رواية على حكم المواجهة بالتمليك في قول مالك الثاني، فيتحصل في التي لم تواجه بالتمليك ثلاثة أقوال: أحدها أن لها أن تقضي ما لم توقف وإن طال، والثاني أن لها أن تقضي ما لم ينقض[٢٥] المجلس، والثالث أن لها أن تقضي ما لم يطل بالشهر والشهرين إن لم يكن زوجها حاضراً معها، وإن كان حاضراً معها كان لها أن تقضي وإن طال الأمر ما لم توقف، لأن امتناعها منه دليل على[٢٦] خيارها، وبالله التوفيق.

(٢٥) كذا بالأصل وفي ق ١: (... ما دام المجلس).

(٢٦) كذا بالأصل وفي ق ١: (دليل على أنها على خيارها).

مسألة

وسئل عن الرجل يعتق جاريته أو أم ولده وهي غائبة ثم قال لقوم: أشهدكم أني قد تزوجتها ونقدتها فلاناً لرأس من رقيقه، ثم أعلمها بالذي فعل فرضيت ولا بينة على رضاها فوطئها فولدت أولاداً ثم هلك الرجل، هل ترثه؟ أو يكون لها من ذلك الرأس الذي أصدقها؟ وكيف به إن هلك الرجل بعد عتقه إياها وبعد تزويجه إياها بأيام هل ترثه وقد كانت في بيته لم يخرجها ولم يحولها عن حالها التي كانت عليها قبل العتق حتى هلك؟ قال ابن القاسم قال لي مالك في الرجل يزوج ابنته الثيب الغائبة عنه ثم ترضى قال: لا أراه نكاحاً وإن رضيت وأرى أن يستأنف النكاح، قال: وقال لي مالك: كيف يكون نكاحاً يقام عليه وإن مات أحدهما لم يتوارثا؟ قال ابن القاسم: وهذا عندي مثله إلا أن يكون تطاول ذلك فأرى أن يمضي، وما ولدت من ولد ألحق به.

قال محمد بن رشد: المسألة التي سئل عنها ابن القاسم من قول الرجل في جاريته أو أم ولده بعد عتقها أشهدكم أني قد تزوجتها وهي غائبة أشد في الفساد من الذي يزوج ابنته الثيب وهي غائبة، فلا يدخل فيها من الاختلاف ما يدخل في هذه ولا يفرق فيها بين قرب الغيبة وبعدها كما يفرق في هذه حسبما مضى القول فيه في أول رسم من سماع ابن القاسم لأنه نكاح انعقد على خيار من أجل أن السيد إذا زوج مولاته من نفسه فهو الزوج وهو الولي، فإذا قال: أشهدكم أني قد تزوجتها وهي غائبة دون أن يستأمرها في ذلك فقد انعقد النكاح على أنها مخيرة فيه لأن ذلك بمثابة أن لو زوج ابنته وهي غائبة دون أن يستأمرها وأعلم الزوج أنه لم يستأمرها لأنه إذا فعل ذلك فقد انعقد النكاح على أنها مخيرة وخرجت المسألة من الاختلاف ورجعت إلى حكم النكاح على الخيار الصريح، وقياس ابن القاسم إياها على قول مالك في الذي يزوج ابنته الثيب وهي غائبة صحيح من باب الأولى، والوجه في

ذلك أنه إذا لم يجز نكاح الأب ابنته الثيب وهي غائبة وإن رضيت بعد ذلك فأحرى ألا يجوز نكاح السيد مولاته من نفسه وهي غائبة وإن رضيت بعد ذلك، وإنما قال فيها ابن القاسم: إن النكاح لا يفسخ إذا تطاول مراعاة للخلاف، إذ قد قيل في نكاح الخيار إنه لا يفسخ بعد الدخول، وهو أحد قولي مالك. وأما قوله: إن الولد يلحق فهو بَيِّنٌ لشبهه[٢٧] العقد المختلف فيه، ولم يجب ابن القاسم على ميراثها منه إذا هلك بعد التزويج بأيام أو بعد أن ولد منها أولاداً. فأما إذا هلك بعد أن ولد منها أولاداً فلا إشكال في وجوب الميراث لها على القول بأن النكاح يقر ولا يفسخ، وأما على القول بأنه يفسخ فيكون لها الميراث على ما اختاره ابن القاسم وأخذ به من وجوب الطلاق والميراث في كل نكاح مختلف فيه، وكذلك إذا هلك بعد التزويج بأيام يكون لها الميراث على هذا الاختلاف بعد يمينها أنه إنما هلك بعد رضاها إذا لم تكن ثم بينة على رضاها كما ذكر، وإشهاده على نفسه بتزويجها خلاف إقراره بأنها زوجته، وسيأتي القول على هذا في رسم الكبش من سماع يحيى إن شاء الله ، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله جاع فباع امرأته

قال: وسئل عن رجل أراد أن يتزوج امرأة فقالت له أمه: إنها أختك من الرضاعة قد أرضعتها، وتحت الرجل امرأة أخرى فقال الرجل: المرأة التي تحتي طالق إن كانت لي حلالاً إن لم أتزوجها، قال: أرى أن تطلق امرأته التي تحته ولا يتزوجها، فإن اجترأ وتزوجها لم يقض عليه بطلاقها لأنه لا يكون في الرضاع إلا امرأتان.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إن الاختيار له أن يحنث نفسه بأن يطلق امرأته ولا يتزوجها لأن تزويجها له مكروه وليس هو عليه حراماً لأن رسول الله ﷺ أخبر برضاع امرأة فتبسم وقال: «وَكَيْفَ وَقَدْ قِيلَ وَقَال: الحَلَالُ

---

(٢٧) في ق ١: (يشبه) بدله.

بَيِّنٌ والحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهما أمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ فَمَنِ اتَّقَى المُشْتَبِهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ»(٢٨)، فندب رسول الله ﷺ إلى اتقاء المشتبهات ولم يحرمها، وهذا من المشتبهات، إذ لا يوقن بصحة قول أمه ولا يلزمه في الشرع تصديقها لاحتمال أن تكون أرادت أن تمنعه من نكاحها إلا أن يكون قد فشا ذلك من قولها قبل ذلك فيلزمه ذلك ويحرم عليه نكاحها ولا يلزمه في امرأته شيء على ما في آخر سماع ابن القاسم من طلاق السنة، وظاهر ما في النكاح الثاني من المدونة خلاف ما في الرضاع منها. وقوله: لأنه لا يكون في الرضاع إلا امرأتان، يريد ويفشو ذلك من قولهما على ماله في المدونة، وذهب مطرف وابن الماجشون وابن نافع وابن وهب إلى إعمال شهادتهما وإن لم يفش ذلك من قولهما، وهو قول سحنون، ومعناه إذا كانتا عدلتين، ولا يشترط مع الفشو على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك العدالة، والله أعلم، وإذا طلق امرأته واحدة فقد بر، ولا يكون عليه شيء إن تزوجها على مذهب ابن القاسم لأنه على حنث ولم يضرب ليمينه أجلاً، وروي عن ابن الماجشون أن موتها كالأجل، وإن راجع امرأته بعد أن طلقها وقعت عليه بموت المرأة التي حلف ليتزوجها طلقة أخرى، والمسألة بعينها متكررة في هذا الرسم من الأيمان بالطلاق، والله تعالى الموفق.

مسألة

قال ابن القاسم: كل امرأة زعمت أن زوجها طلقها البتة فأرادت أن تتزوجه بعد ذلك قبل أن تتزوج زوجاً غيره وهي مالكة أمرها فإنها لا تتزوجه، فإن تزوجته فرق بينهما، قلت: فإن قالت: إني كنت كاذبة، قال: لا يقبل قولها، قلت: فإن أنكرت أن تكون قالت ذلك وشهد عليها شهيدان أنها قد أقرت بأنه طلقها البتة، قال: شهادة الشهيدين جائزة ولا تتزوجه، قلت: فإن شهد شاهد واحد على إقرارها وهي منكرة لذلك هل تحلف؟ قال: لا.

(٢٨) الحديث في الصحيحين وفي سنن ابن ماجه وسنن أبي داوود وانظر تمامه فيها.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة أنها ادعت طلاق البتات وهي بائنة منه بصلح أو غيره، ولذلك لم يصدقها، ولو ادعت ذلك وهي في عصمته ثم صالحها فأرادت أن تتزوجه قبل زوج وقالت: كنت كاذبة وأرادت الراحة منه لصدقت في ذلك ولم تمنع من مراجعته ما لم تذكر ذلك بعد أن بانت منه كذلك لمحمد بن المواز في كتابه، وكذلك وقع في سماع أصبغ من طلاق السنة أن دعواها طلاق البتة، كان، وقد صالحها، وكذلك لو مات فأكذبت نفسها وطلبت ميراثها يكون ذلك لها إن كان دعواها طلاق البتات وهي في عصمته، قاله ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب طلاق السنة، وقد قال بعض رواة أهل المدينة : إنها لا تصدق ولا يكون لها الميراث، وفرق سحنون بين الميراث ورجوعها إليه فقال: إنها تصدق في الميراث، ويكون لها ولا تمكن من الرجوع إلبه إلا بعد زوج، فهي ثلاثة أقوال إذا كان دعواها طلاق البتات وهي في عصمته، ولابن القاسم في سماع أصبغ من طلاق السنة أنها تحلف إذا شهد عليها بإقرارها شاهد واحد خلاف قوله ها هنا إلا أنه قال: إنها إن أبت أن تحلف لم تمنع من الرجوع إليه بحكم وقاله أصبغ، ولا معنى لإيجاب يمين لا يوجب النكول عنها حكماً، والقياس على قول من أوجب عليها اليمين إذا نكلت عنها أن لا تمكن من الرجوع إليه إلا بعد زوج، وبالله التوفيق.

ومن كتاب النسمة

قال ابن القاسم في النصراني تسلم امرأته قبل أن يدخل بها إلا أنه ربما خلا بها عند أهلها، قال: إذا أسلمت امرأته ولم يسلم مكانه فلا رجعة له عليها، وهي تطليقة بائنة وهي أملك بأمرها إذا لم يدخل بها، وإن كان قد أصابها عند أهلها ثم أسلمت ولم يسلم فلها الصداق كله المعجل والمؤجل، فإن أسلم وهي في عدتها فهو أولى بها، وإن أسلمت قبل أن يدخل بها أو يصيبها فلا رجعة له عليها وإن أسلم إلا بنكاح جديد ولا عدة عليها.

قال محمد بن رشد: هذه الرواية مخالفة للمعلوم من مذهب مالك رحمه الله وأصحابه في موضعين، أحدهما قوله: ولم يسلم مكانه لأن فيه دليلاً على أنه لو أسلم مكانه لبقي معها، والمعلوم في المذهب أنه يفرق بينهما إلا أن يسلما معاً، والثاني قوله: وهي تطليقة بائنة لأن المعلوم في المذهب من قول مالك وجميع أصحابه حاشا ابن الماجشون أن الفرقة بإسلام أحد الزوجين حيثما وجبت إنما هي فسخ بغير طلاق، وهو الصواب، لأن الفرقة إن كانت بإسلام الزوجة قبل البناء فهو كافر، والكافر لا يلزمه طلاق في مذهب مالك، وإن كانت بإسلام الزوج والزوجة مجوسية فهو لم يطلق، وإنما فعلت الزوجة فعلاً أوجب الفرقة كالملك وما أشبهه، والله ولي التوفيق.

مسألة

وسئل ابن وهب عن رجل سام على سوم أخيه بعد اتفاقهما على الثمن فدخل عليه فاشترى تلك السلعة ثم أراد التوبة وقد هلكت تلك السلعة أو هي قائمة ولعلها قد زادت أو نقصت، ورجل يخطب على خِطْبَةِ أخيه بعدما رضوا به وثبت النكاح وسموا الصداق فدخل عليه فتزوج ثم ندم وأراد التوبة كيف يصنع؟ قال: أرى أن يتوب إلى الله ويستغفره، فإن كانت تلك السلعة لم تفت أو المرأة لم تفت فليعرض السلعة على الذي أراد أن يشتريها، فإن أراد إن يأخذها بالثمن الذي اشتراها به فليسلمها إليه زادت أو لم تزد إلا إنْ كان أنفق عليها شيئاً حتى زادت فليعطه نفقته مع الثمن، وإن كانت نقصت فإن أحب أن يأخذها بنقصانها أخذها ولا شيء له غيره، وأما المرأة فليسأله أن يحلله من دخوله عليه فيها، فإن حلله رجوت أن يكون مخرجاً له، وإن لم يحلله فليخل سبيلها إن كان أفسد عليه بعد أن كانت قد رضيت بالأول، فإن تزوجها بعد فراق هذا إياها وإلا فليراجعها إن بدا له بنكاح جديد، وليس يقضى

بذلك عليه، وإنما هذا على وجه التنزه والاستحسان والخوف لله، قال ابن القاسم: وإن لم يحلله فليستغفر الله ولا شيء عليه، وسئل عنها سحنون فقال: سألت عنها ابن القاسم فقال لي: إذا باع على بيع أخيه أو خطب على خطبة أخيه لم أر أن يفسخ ورأيت أن يؤدب صاحب هذا، وأخبرني عبدالله بن نافع وأشهب أن مالكاً سئل عن الرجل يخطب على خطبة أخيه بعدما اتفقا على صداق معلوم وتراضيا وهي تشترط لنفسها وعن الـذي يبيع على بيع أخيه بعدما اتفقا على ثمن معلوم فهو يشترط لنفسه الوزن فقال: لا أرى أن يفسخ شيء من ذلك ولم أسمع بفسخ شيء هذا من ذلك لأنه يجحد ولا يعرف، وأما لو ثبت ذلك حتى يعلم فلا يشك فيه رأيت أن يغير ذلك فيفسخ البيع ويفرق بينهما.

قال محمد بن رشد: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَخْطُبْ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»[٢٩] ليس على عمومه في كل حال، وإنما معناه عند مالك وعامة العلماء إذا ركن المخطوب إليه إلى الخاطب، فلا بأس أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ما لم تركن المرأة إليه وتقارب الرضى به، ولا بأس أن يجتمع الاثنان والثلاثة في الخطبة، وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب، خطب امرأة من دوس على مروان بن الحكم، وعلى ابنه عبد الله وكانا سألاه ذلك فخطبها عليهما وعلى نفسه فرضيت[بذلك][٣٠] بدليل حديث فاطمة بنت قيس قالت: لَمَّا حَلَلْتُ أَتَيْتُ رَسُولَ الله ﷺ فَذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ معَـاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ وَأَبَا جَهْم خَطَبَانِيَ فَقَالَ رسول الله ﷺ: «أَمَّا أَبُو جَهْمَ فَلَا يَضَعُ العَصَا عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَة فَصُعْلُوكٌ لَا مَال لَهُ، وَلَكِن آنْكِحِي أُسَامَـة بنَ زَيْدٍ، قَالَتْ: فَكَرِهْتُـهُ، ثُمَّ قَالَ: آنْكِحِي أُسَـامَة فَنَكَحْتُـهُ فَجَعَلَ الله فِيـه خَيْراً

(٢٩) هو في الصحاح الستة وفي الموطأ ومسند أحمد بن حنبل.

(٣٠) ما بين العلامتين إضافة من ق ١.

واغْتَبَطْتُ بِهِ»(٣١) لأنه لما خطب رسول الله ﷺ فاطمة على أسامة بعد علمه بخطبة معاوية وأبي جهم عُلِم جواز ذلك في تلك الحال، وتخصص ذلك من الحديث الأول وثبت النهي فيه في الحال التي فيها الركون ومقاربة الرضى، وقوله بعد ما رضوا به وثبت النكاح وسموا الصداق يدل على جواز الخطبة بعد الركون والمقاربة ما لم يسموا الصداق، وهو نص قول ابن نافع؛ وظاهر قول مالك في الموطأ خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب وحكاه عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وابن القاسم وابن وهب من أن ذلك لا يجوز إذا ركنا وتقاربا وإن لم يسميا الصداق، لأن النكاح جائز دون تسمية الصداق، وهو التفويض الذي جوزه القرآن، وكذلك أن يسوم الرجل على سوم أخيه هو على هذا المعنى بدليل ما رُوِيَ أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَشَكَا إِلَيْهِ الْفَاقَةَ ثُمَّ عَادَ فَقَالَ: يَا رَسولَ الله لَقَدْ جِئْتُ مِنْ عِنْدِ أَهْلِ بَيْتٍ مَا أَرَى أَنْ أَرْجِعَ إِلَيْهِمْ حَتَّى يَمُوتَ بَعْضُهُمْ، قَالَ: «انْطَلِقْ هَلْ تَجِدُ مِنْ شَيْءٍ» فَانْطَلَقَ فَجاءَ بِحِلْسٍ وَقَدَحٍ، فقَالَ: يَا رَسُولَ الله هَذَا الْحِلْسُ كانُوا يَفْتَرِشُونَ بَعْضَهُ وَيَلْتَفُّونَ بِبَعْضِهِ، وَهَذَا الْقَدَحُ كَانُوا يَشْرَبُونَ فِيهِ، فَقَال: «مَنْ يَأْخُذُهُما مِنِّي بِدِرهَمٍ»؟ فَقَال رَجُلٌ أَنَا، فَقَال: «مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ»؟ فَقَالَ رَجُلٌ آخَرُ أَنَا آخُذُهُمَا بِدِرْهَمَيْنِ، فَقَالَ: «هُما لَكَ» فَدَعَا بِالرَّجُلِ فَقَالَ: اشْتَرِ بِدِرْهَمٍ طَعَاماً لِأَهْلِكَ وَبِدِرْهَمٍ فَأْساً ثُمَّ ائْتِنِي فَفَعَلَ ثُمَّ جاءَ فَقَالَ: انْطَلِقْ إِلَى هَذَا الْوَادِي فَلَا تَدَعَنَّ فِيهِ شَوْكاً وَلَا حَطَباً وَلَا تَأْتِنِي إِلَّا بَعْدَ عَشْرٍ» فَفَعَلَ ثُمَّ أَتَاهُ فَقَالَ: بُورِكَ فِيمَا أَمَرْتَنِي بِهِ، فَقَالَ: «هَذَا خَيْرٌ لَكَ مِنْ أَنْ تَأْتِيَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَفِي وَجْهِكَ نُكَتٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ أَوْ خُمُوشٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ»(٣٢) الشك من بعض الرواة لأنه لما أجاز ﷺ المزايدة في هذا الحديث وفيها سوم على سوم من غير ركون على أن الذي نهى عنه رسول الله ﷺ السوم على السوم بعد الركون، ومن أهل العلم من لم يجز السوم على السوم بحال تعلقا بظاهر الحديث، وروي عن مجاهد أنه

(٣١) هو في صحيح مسلم وفي السنن للترمذي والنسائي وأبي داوود وفي موطأ مالك ومسند ابن حنبل.
(٣٢) لم أقف عليه.

أجازه في صحن السوق ولم يجزه فيمن خلا برجل يسومه، فمن خطب على خطبة أخيه أو سام على سومه في الموضع الذي لا يجوز له أن يفعل ذلك فقد ظلمه وأفسده[٣٣] ووجب عليه أن يتوب إلى الله من ذلك ويتحلل صاحبه لأن التوبة من الظُّلاَمَاتِ لا تكون إلا برد التباعات، فإن أبى أن يحلله فعليه أن يعطيه السلعة بالثمن الذي اشتراها به زادت أو نقصت إن شاء أن يأخذها ويترك المرأة فإن لم يتزوجها تزوجها هو بعد إن شاء، وقد اختلف في العقد فقيل إنه فاسد لمطابقة النهي له، وقيل ليس بفاسد، فعلى القول بأنه فاسد يفسخ في القيام والفوات، ويكون رد القيمة كرد العين، وقيل يفسخ ما كان قائماً فإن فات مضى بالثمن ولم يفسخ، وكذلك يختلف في النكاح على السوم بأنه فاسدٌ لمطابقة النهي له، فقيل يفسخ قبل البناء وبعده، وقيل يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، اختلف في ذلك قول ابن نافع.

مسألة

وسئل عن الرجل المسخوط الفاسد في جميع حالاته يخطب المرأة فترضى بتزويجه وسموا الصداق ولم يبق لهم إلا الفراغ فأتاني من هو أحسن منه حالاً وأَرْضَى فسألني الخطبة عليه فهل يدخل علي شيء إن فعلت لحال ما جاء ألا يخطب رجل على خطبة أخيه فقال: أما أنا فكنت أشير على المرأة لو أني وليُّها أن تتزوج هذا الرجل الصالح المقبل على شأنه وتدع الفاسد الذي لا يعينها على دين ولا دنيا، وهي إلى نقصان دينها عند هذا الفاسق أقرب منها عند الصالح لأن الفاسق لا يعلمها إلا مثل ما هو فيه من الفسوق والشر وتقتدي به فيما ترى منه، وإن الصالح إنما هي معه في زيادة خير في كل يوم وليلة، والصالح عندنا أولى وأحق من الفاسق الذي قد علم ذلك منه في حالاته وما ظهر منه، ومصاحبة التقيّ أفضل من مصاحبة

(٣٣) في ق ١: (وأفسد عليه).

الفاسق في دين الله وأرجو أن الحديث ما جاء إلا في الرجلين اللذين يشبه أحدهما صاحبه، فذلك الذي لا ينبغي أن يدخل عليه في خطبته حتى ينكح أو يرد إذا كانوا قد توافقوا على الفراغ أو شبه الفراغ.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن قول النبي ﷺ: «لَا يَخْطُبْ أَحَدٌ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»[٣٤] لفظ عام في كل حال وفي كل خاطب، والعموم يحتمل الخصوص، فكما خص من الأحوال الحال التي لا ركون فيها بحديث فاطمة المذكور، فكذلك يخص من الخُطَّاب الخاطب الذي لا خير عنده ولا حظ للمرأة في نكاحه بما يلزم في الدين من النصح للمرأة في أن لا تتزوج فاسقاً يُرْدِيهَا، قال رسول الله ﷺ: «الدِّينُ النَّصِيحَةُ لله وَرَسُولِهِ وَلِأَئِمَّـةِ ٱلْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ»[٣٥] وقال ﷺ: «ٱلْمُومِنُ أَخُو ٱلْمُؤْمِنِ يَشْهَـدُهُ إذا مَاتَ وَيَعُـودُهُ إذَا مَرِضَ، وَيَنْصَحُ لَهُ إنْ غَابَ أَوْ شَهِدَ»[٣٦] فإذا خطب المرأة فاسق جاز للصالح أن يخطبها بعد أن تقارب الأمر بينهما وانْبَغَى لِمَن علم بذلك أن يحضها على أن تتزوج الصالح وتدع الفاسق.

ومن كتاب الرهون

وعن الرجل يواعد المرأة في عدتها من وفاة زوجها ثُمَّ ينكح أيفرق بينهما أم يمضي نكاحهما؟ قال: إن كان وعدها شبيهاً بالإيجاب فأرى أن يفرق بينهما[٣٧] بطلقة ثم لا ينكحها أبداً يريد إذا دخل بها، وإن كان إنما هو تعريض لا[٣٨] يشبه الإيجاب فالنكاح ثابت.

---

(٣٤) تقدم تخريجه.

(٣٥) انظر فيه الصحيحين وسنن الترمذي وسنن النسائي وسنن أبي داوود ومسند ابن حنبل.

(٣٦) هو عند الترمذي والنسائي وابن ماجه في سننهم، وهو أيضاً في مسند ابن حنبل.

(٣٧) في ق ١: (أن يفارقها).

(٣٨) في ق ١: (ليس).

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب مستوفى فلا معنى لإعادته مرة أخرى(٣٩) ههنا، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في الذي تتزوجه المرأة على أن يطلق امرأة أخرى فيقول نعم، قال أرى أنه إذا طلقها واحدة وقالت المرأة التي تزوج لم أتزوجك إلا على أن تطلقها البتة، ولولا ذلك لم أتزوجك، قال: أراها طالقاً البتة، قال ابن القاسم: ولو تزوجها على أن كل امرأة يتزوجها عليها فهي طالق مثل ذلك أيضاً ثلاثاً.

قال محمد بن رشد: جعل اليمين في هذه الرواية على نية المرأة المشترط لها الشرط كان الطلاق فيمن هي في عصمته ممن لا تبين منه بواحدة أو في الداخلة التي تبين بواحدة، وكذلك لو كان الشرط تمليكاً لم يكن له أن يناكر في الوجهين جميعاً على هذه الرواية، بخلاف إذا تطوع لها بذلك من غير شرط يكون عليه في أصل العقد وهذا مذهبه في المدونة. وفرق في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب التخيير في الشرط بين أن يكون الطلاق أو التمليك فيها أو في الداخلة عليها، وعلى ذلك فإن التي في عصمته لا تبين بالواحدة والداخلة تبين بها، فعلى تعليله لو كان الشرط فيها وتزوج عليها قبل الدخول لكانت اليمين على نيته ولكان له أن يناكرها ولو كان الشرط بالتمليك في الداخلة عليها فلم يعلم حتى دخل بها لما كان له أن يناكرها، وقد قيل إن الشرط والطواعية سواء، واليمين على نية المرأة وليس للزوج أن يناكر في التمليك، وهذا يأتي على القول بأن اليمين على نية المحلوف له، وهو قول ابن الماجشون وسحنون ورواية عيسى عن ابن القاسم في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، فلا اختلاف بينهم في الشرط حيث لا

(٣٩) في ق ١: (ثانية).

تبين بواحدة أن اليمين على نية المرأة المشترط لها الشرط وأنه ليس للزوج أن يناكر فيما زاد على الواحدة إلا أن يدخل في ذلك الاختلاف بالمعنى من المسألة التي مضى القول عليها في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم، فقف على ذلك.

مسألة

وقال في الرجل يتزوج المرأة بنكاح جائز ثم تناكره وقد تفرق شهوده فلا يقضى لها عليه بنكاح، هل له أن يتزوج أختها أو رابعة من النساء إن كان عنده ثلاثة معها، قال: لا أرى له أن يتزوج أختها حتى يطلق تلك التي قضي عليه فيها طلاقاً بائناً لأنه يعلم أنها زوجته إلا أنه قضي بينهما على الظاهر من الأمر، فأرى أن لا ينكح أختها ولا الرابعة سواها حتى يطلقها، وأنا أستحب له أن يطلقها لأن تكون في سعة إن تزوجت رجلاً، ولا يحرجها ولا يؤثمها تزوج أختها أو لم يتزوجها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن حكم الحاكم بالظاهر لا يُحِلُّ الأمر على ما هو عليه في الباطن عند من علمه، قال الله عز وجل: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ ﴾ الآية[40] وقال رسول الله ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ وإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ ما أَسْمَعُ مِنْهُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنَّما أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ نَارٍ»[41] وهذا عام في الأموال وغيرها خلاف ما يذهب إليه أهل العراق من التفرقة في هذا بين المال والنكاح، وقد تبين مالك وجه استحسانه لطلاقها وهو في المسألة التي مضت في رسم نذر سنة أن

---

(٤٠) تمامها: ﴿ ... بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ﴾ وهي الآية ١٨٨ من سورة البقرة.

(٤١) هو في الصحاح الستة وفي موطأ مالك ومسند ابن حنبل.

يصومها من سماع ابن القاسم آكد عليه منه في هذه لأنها هي المتعدية عليه في إنكارها النكاح، والحمد لله.

مسألة

وقال في العبد يتزوج بغير إذن مولاه فرآه مولاه يدخل على امرأته هل يلزم السيد الصداق حيث رآه ولم يكن أذن له في النكاح، قال إن شهد على السيد أنه علم بنكاحه وأقره رأيت النكاح جائزاً ورأيت الصداق على العبد بما أقر سيده له من ذلك بعد علمه به.

قال محمد بن رشد: أما إن شهد على السيد أنه أقر نكاحه بعد علمه بذلك فلا كلام في أن الصداق يلزم العبد في ماله ويثبت النكاح، وكذلك إن شهد عليه بأنه علم بدخوله على امرأته فسكت على ذلك ولم ينكره لأن سكوته على ذلك يسقط ماله من الحق في التفرقة بينهما، كمن ملك رجلاً أمر أمرأته فلم يقض حتى أمكنته من وطئها. وإذا ثبت النكاح وسقط خيار السيد فيه وجب أن يلزم العبد الصداق في ماله فلا يدخل هذه المسألة الاختلاف في السكوت هل هو إذن أم لا؟ وستأتي هذه المسألة متكررة في سماع أبي زيد، والحمد لله.

مسألة

وقال في المسلم يغر اليهودية أو النصرانية فينكحها ويقول أنا على دينك فيطلع عليه بعد أن دينه على غير ذلك إن فراقه بيدها.

قال محمد بن رشد: مثله لمالك في كتاب ابن المواز وله في المبسوط من رواية ابن نافع أن النكاح ثابت ولا خيار لها، وهو قول ربيعة إن الإسلام ليس بعيب، والأول أظهر أن لها الخيار من أجل الشرط وإن لم يكن الإسلام عيباً لأن لها في كونه على دينها غرضاً قصدته فوجب أن يكون لها الرد بما شرطت، كالرجل يشتري الأمة على أنها نصرانية ليزوجها عبده النصراني أو ليمين عليه ألا يملك مسلمة فيجدها مسلمة أن له أن يردها. ولو لم يغرها

وتزوجته وهي تظنه نصرانياً لم يكن لها خيار، وكذلك الرجل يتزوج المرأة نصرانية ولم يعلم فلا حجة في ذلك له حتى يشترط أنها مسلمة أو يظهر ويعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة لما كان يسمع منها من إظهار الإسلام فهذا كالشرط، قال ذلك في كتاب محمد.

مسألة

وقال في الرجل تكون تحته الأمة إنه لا بأس أن يتزوج عليها حرة، فإن كانت عنده حرة فلم تكفه ولم يكن له[٤٢] ما يتزوج به حرة أخرى فليتزوج أمة أخرى حتى يجتمع عنده أربع.

قال محمد بن رشد: قوله في الرجل تكون تحته الأمة إنه لا بأس أن ج عليها حرة صحيح على مذهبه بأن الحرة ليست بطَوْلٍ يمنع بها من نكاح لأن من يراها طَوْلاً يمنع به من نكاح الأمة يقول إنه إذا تزوجها على فرق بينه وبينها، ولم يذكر إن كان يكون للمرأة خيار إن لم تعلم أن تحته أم لا، وينبغي أن يكون ذلك لها على قوله إنه لا يتزوج الأمة إلا أن شى العَنَتَ ولا يجد طَوْلاً لحرة، وهو قوله هاهنا خلاف ماتقدم له في رسم نقدها، وقد مضى هناك من القول على ذلك ما فيه كفاية.

مسألة

وقال في رجل تزوج امرأة واشترط عليها أنه لا نفقة لها عليه أرى إن كان لم يدخل بها أن يفسخ[٤٣] نكاحه، وذلك أن مثل هذا الشرط لا ينبغي أن يقع في النكاح، وإن كان دخل بها فنكاحه جائز وشرطه باطل وعليه ما على المسلمين من النفقة على نسائهم، ولو شرطت عليه عند عقدة النكاح أن لي من القوت كذا وكذا في كل

---

(٤٢) في ق ١: (بيله).

(٤٣) إضافة من ق ١.

شهر فإن دخل بها بطل شرطها عليه وكان لها عليه مثل ما لمثلها على مثله من النفقة، قلت فإن لم يدخل بها أيفسخ أيضاً أم لا؟ قال: نعم يفسخ أيضاً.

قال محمد بن رشد: ويكون فيه صداق المثل لا المسمى، قال ابن المواز لأنه كصداق مجهول، قال أصبغ: وإن لم يبن وترك الشرط ثبت النكاح كالنكاح بصداق بعضه معجل وبعضه إلى موت أو فراق، وساوى ابن القاسم فيما يأتي في رسم باع شاة بين الذي يتزوج على أن لا نفقة وعلى أن لا ميراث بينهما،فقال في ذلك إنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ولم ينص هل يكون فيه الصداق المسمى أو صداق المثل وإرادته أنه يكون فيه صداق المثل، وقال أشهب إنهما يفسخان جميعاً قبل البناء وبعده، وفرق أصبغ بينهما فقال: يفسخ النكاح على أن لا ميراث بينهما قبل وبعد، ويفسخ النكاح على أن لا نفقة على الزوج قبل البناء ويثبت بعده، وهذا النوع من الأنكحة التي تنعقد على الشروط الفاسدة مثل أن يتزوج على أن الطلاق بيد غير الزواج أو على ألا يكون معها بالنهار أو على أنه بالخيار أو على أنه إن لم يأت بصداقها إلى أجل كذا وكذا فلا نكاح بينهما وما أشبه ذلك الاختلاف فيها كلها،قيل إنها تفسخ قبل الدخول وبعده، وقيل إنها تفسخ قَبْلُ وتثبت بعدُ، وإن كان بعضها أشد من بعض، والأظهر فيها كلها أن تثبت بعد الدخول ويكون فيها صداق المثل، وقد مضى هذا المعنى في رسم سن من سماع ابن القاسم وغيره.

مسألة

وقال في البكر تخطب إلى وليها فيسأل صداقاً كثيراً فيكره الخاطب أن يتزوجها بذلك الصداق فتدس إليه المرأة شيئاً من مالها يستعين به على صداقها وهو يجعل مع ذلك الذي أرسلت به شيئاً من ماله يتحلل به النكاح، قال: لا يجوز ذلك لأنها مولى عليها لا يجوز لها أمر في مالها حتى يدخل بها زوجها، ولا أراه إلا لها إن رجعت فيه حين يدخل عليها، قال وإن كانت ثيباً جاز.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في رسم نقدها من سماع عيسى فلا معنى لإعادته، وفي قوله ها هنا لا أراه إلا لها إن رجعت فيه نظر، لأن عطية البكر لا تجوز على حال، وإن لم ترجع هي فيه فللوليّ أن يقوم في ذلك، فإن لم يفعل فلا يجوز له هو أن يمسكه وعليه أن يرده، ومعنى ذلك بعد دخول زوجها بها وملكها أمر نفسها فحينئذ تكون مخيرة بين أن ترجع فيه على الزوج أو تتركه له، والله أعلم.

مسألة

وعن رجل تزوج امرأة فاشترطت عليه رأسين في صداقها بمائة دينار كل رأس بخمسين ديناراً وكانت الرقيق يومئذ رخيصة يباع الرأس الرضي بخمسين ديناراً ثم غلت الرقيق بعد ذلك فلا يوجد الرأس إلا بمائة دينار إنه إن كانوا وصفوا الرأس بخمسين وإنما كانت الخمسون صفة للرأس بمنزلة ما يوقت بصفة معلومة مما يتواصف الناس بينهم إذا أسلفوا في الرقيق وابتاعوا، كقول الرجل: هو لك صَبِيحاً تَاجِراً فَصِيحاً فإني أرى هذه الصفة لازمة غلت الرقيق أو رخصت، وإن كانوا إنما سموا الخمسين ديناراً لكيما لا يزول غلت الرقيق أو رخصت فأرى الرجل حينئذ بمنزلة وكيل وكلوه أن يبتاع لهم رأساً بخمسين ديناراً فلا أرى عليه غير الخمسين غلت الرقيق أو رخصت، قال ابن القاسم وإن وقعت في الرأسين صفة فالصفة لازم(٤٤) غلت الرقيق أو رخصت والخمسون لَغْوٌ.

قال محمد بن رشد: وهذا على ما قال إنهم إن كانوا أرادوا بالخمسين صفة الرأس فالصفة هي اللازمة، وإن كانوا إنما سموا الخمسين لكي تكون ثابتة على الزوج لا ينقصهم شيئاً منها فهو بمنزلة الوكيل على الشراء بها. وإن لم يتبين هل أرادوا بالخمسين الصفة أو العدد، فأمرهم محمول على مراعاة

(٤٤) في ق ١: (لازمة).

العدد الذي سموه حتى يعلم أنهم قصدوا به الصفة، وقد مضى في رسم مرض من سماع ابن القاسم في هذه المسألة زيادة بيان لها لا معنى لإعادتها.

مَسْأَلة

وقال في الرجل يتزوج الحرة فيصيبها ثم تلد من زنى في ثلاثة أشهر إنه يفرق بينهما ولا يتراجعان أبداً بمنزلة النكاح في العدة.

قال محمد بن رشد: وكذلك لو تزوجها في استبرائها من الزنى ودخل بها على هذه الرواية، وهو قول مطرف وروايته عن مالك، ويرجع بالصداق مثل العيوب التي ترد منها، قاله في المختصر الكبير، وذهب ابن الماجشون إلى أنها لا تحرم عليه بالتزويج في الاستبراء من الزنى ولا من الاغتصاب، وكذلك الحمل منهما على قوله، وهو أحد قولي ابن القاسم في رواية أصبغ عنه، ثم رجع فقال أما في الحمل فلا يتزوجها وأما في غير الحمل فلا بأس، وفي هذه التفرقة لابن القاسم نظرٌ، ولا يحملها القياس، وإنما قال بها[٤٥] لرواية يرويها ابن وهب عن مالك مجردة في الحمل إنه لا يتزوجها، والقياس أن يكون بالعكس لأن في تزويجها في الاستبراء اختلاط الأنساب، وليس ذلك في تزويجها حاملاً، ألا ترى أن بعض أهل العلم قد أجاز لمن زنت زوجته وهي حامل منه ظاهرة الحمل أن يطأها قبل الوضع لِأَمْنِهِ من اختلاط الأنساب، فيتحصل في المسألة على هذا أربعة أقوال، واستحب أصبغ ألا يتزوجها أبداً إذا تزوجها ودخل بها وهي حامل من زنى أو في الاستبراء منه، فإن فعل لم يمنع من ذلك بقضاء.

مَسْأَلة

وقال في رجل تزوج امرأة وأصدقها أباها وأعطته خمسين ديناراً: لا خير في هذا النكاح ويفسخ إن لم يدخل بها لأن مالكاً قال

(٤٥) في ق ١: (بهذا).

لي: لا خير في أن يتزوج الرجل المرأة بمائة دينار وبخادم يأخذها منها قيمتها أدنى من المائة ولا يكون ذلك، وقال غيره من أهل العلم فالذي أصدقها أباها وأخذ منها دنانير مثل هذا سواء، فهو نكاح مفسوخ، وإن دخل بها فعسى أن يكون لها صداق مثلها، قلت فالأب حين ملكته وأعتق عليها أيرد إلى الزوج؟ قال: كيف يرد؟ إذا فات كان عليه قيمته، ألا ترى أنه قد فات حين ملكته لأن ملكها إياه عتق.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف بينهم في أن النكاح جائز إذا تزوجها على أبيها أو على أخيها أو على أحد ممن يعتق عليها، فلا فرق على هذا بين أن يصدقها أباها على أن تعطيه خمسين ديناراً أو يصدقها عبداً على أن تعطيه خمسين ديناراً إلا فيما يجب من عتق أبيها عليها ووجوب قيمته عليها إذا فسخ النكاح لما اقترن به من البيع، وقد مضى في رسم أوصى أن ينفق على أمهات أولاده القول في حكم اجتماع البيع مع النكاح في صفقة واحدة موعباً مستوفى فلا وجه لإعادته هنا، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الجواب

قال: وسألته عن الرجل يقول للرجل وَلِّني إنكاح وليتك ولها كذا وكذا أو يجعل ذلك إليه ولا يأخذ عليه شيئاً ثم يريد أن يعزله عمّا جعل إليه من ذلك، قال ابن القاسم في الذي جعل ذلك بجعل لا يحل ذلك ولا يصلح ويرد الجعل على كل حال وهو يعزله عن ذلك إن شاء في الوجهين جميعاً كان بجعل أو بغير جعل، فإن فات ذلك ووقع النكاح رد الجعل على كل حال ونظر فإن كانت الولية مالكة لأمرها وقد كانت عرفت الزوج وسمي لها قبل العقد[٤٦] ورضيت به أو كانت بكراً في ولاية أبيها ثبت النكاح ولم

(٤٦) في الأصل: (العتق) وهو تصحيف.

يرد، وإن كانت مالكة لأمرها ولم يسم لها الزوج[٤٧] ولم تعرفه فسخ النكاح إن كان لم يدخل بها لأن مالكاً قال في المرأة تفوض أمرها إلى وليها ينكحها وتجعل ذلك إليه ولا تسمي له الرجل ولا يسميه لها فيزوجها رجلاً فإذا بلغها ذلك أنكرت ذلك وقالت لم أكن أريد هذا ولا أرضى به، قال مالك ذلك لها ولا يلزمها ذلك النكاح حتى يسمى لها وتعرفه، وإن كان في مسألتك قد دخل بها رأيت أن يثبت لأن ذلك منها رضى، قال سحنون: إذا فوضت إليه نكاحها ليزوجها ممن شاء فزوجها كفؤاً فالنكاح جائز سمي لها أم لا، بكراً كانت أو ثيباً.

قال محمد بن رشد: إنما لم يجز الجعل في هذا وقال إنه لا يحل ولا يصلح من أجل أن للمجاعل أن يعزله عما جعل إليه من ذلك لأنه إن لم يعزله تم له ما أراد وأعطى عليه الجعل من تزويج وليته ممن أحب لما له من الغرض في ذلك والرغبة فيه، وإن عزله لم يتم له ما أراد فكان غرراً، وإن ارتجع ماله عاد سلفاً فكان حراماً لأنه سلف جر منفعة إذ لم يسلفه لله وإنما أسلفه رجاء أن يتم له ما أراد من تزويج وليته لمن يحب. ولو لم يكن له أن يعزله عما جعل إليه من ذلك من أجل الجعل الذي جعل له فيه لجاز ذلك على مذهب سحنون في البكر والثيّب وإن لم يسم لها الزوج إذا رضيت بالأمر وعلى مذهب مالك في البكر ذات الأب وفي الثيّب إن كان سمى لها الزوج وعرفته، لأن غرضه الذي أعطى عليه المال من تزويج ولية الرجل لمن يحب يتم له فيرتفع الـغَرَرُ والحظر والحرام في ذلك، وقد أجاز ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب جامع العيوب أن يقول الرجل للرجل وَلِّني بيع دارك بكذا وكذا ولك كذا وكذا، والوجه في إجازة ذلك أنه لم ير للمجعول له رجوعاً فيما جعل إليه بما أعطاه إذ لم يتعلق في ذلك حق لغيره بخلاف النكاح الذي يتعلق فيه حق الولية المتزوجة، وقد كان بعض الشيوخ يذكر في الفرق بين المسألتين فرقاً يُغْرِبُ به ويُزْهَى باستنباطه إياه واهتدائه إليه

(٤٧) في ق ١: (الصداق) بدل: (الزوج).

وهو أنه في النكاح جعل على ما لا منفعة فيه للجاعل، وفي البيع جعل على ما له فيه منفعة، إذ قد يشترط على المشتري في البيع أكثر من الجعل فيكون قد انتفع بالزيادة التي صارت إليه، وإن اشترط على الزوج في النكاح شيئاً لم يكن له وكان للزوجة، لأن كل ما اشترطه الولي من حباء أو كرامة فهو للزوجة، فصار قد أعطى الجعل على ما لا منفعة له فيه، وهو وهم من قائله إذ لا فرق في هذا بين النكاح والبيع، لأن من وكل رجلاً على أن يبيع له سلعة فباعها واشترط لنفسه على المشتري شيئاً يأخذه منه فلا حق له فيه، وهو لرب السلعة كما يشترط الولي على الزوج سواء، فالفرق بين المسألتين هو ما ذكرناه لا ما سواه، والله أعلم. وتشبيه ابن القاسم في هذه المسألة مسألة الذي يوكل الرجل أن يزوج وليته المالكة لأمر نفسها يزوجها دون أن يسمي لها الرجل وتعرفه بمسألة مالك في التي تفوض أمرها إلى وليها وتجعل إليه إنكاحها فيزوجها دون أن يسمي لها الزوج أو تعرفه ليس بصحيح، لأن مسألة مالك قد قدمت المرأة فيها وليها والمسألة الأولى لم تقدم وليها فهما مسألتان مفترقتان، أما الذي زوج وليته قبل أن يستأمرها أو وكل رجلاً فزوجها قبل أن يستأمرها فلا اختلاف أن النكاح لا يلزمها إذا لم ترض به، واختلف إن رضيت به فقيل إن النكاح جائز، وهو دليل قوله في آخر المسألة وإن كان في مسألتك قد دخل بها رأيت أن يثبت لأن ذلك منها رضى، وقيل إنه لا يجوز وهو ظاهر قوله في صدر المسألة فسخ النكاح إن كان لم يدخل بها إذ لم يفرق في ذلك بين قرب ولا بعد، وقيل يجوز في القرب ولا يجوز في البعد، وهو المشهور حسبما مضى بيانه في أول رسم من سماع ابن القاسم، واختلف إن وقع النكاح في البعيد أو في القريب(٤٨) على القول بأنه لا يجوز، فقيل إنه يفسخ ما لم يدخل، وهو قول ابن القاسم ها هنا واختيار محمد بن المواز، وقيل يفسخ ما لم يطل بعد الدخول، وقيل يفسخ أبداً وإن طال على ما مضى القول فيه في سماع ابن القاسم أيضاً، وأما الذي وكلته وليته أن يزوجها فزوجها ولم يسم لها الزوج فقيل إن النكاح يلزمها وإن لم ترض، وهو قول سحنون هنا وفي سماع

(٤٨) كذا بالأصل وفي ق ١: (في البعد أو القرب).

أشهب، وقيل لا يلزمها ويجوز إن رضيت في القرب والبعد، وهو ظاهر قول مالك هنا وفي المدونة، وقيل إنما يجوز إذا أجازت بقرب ما عقد عليها الولي النكاح، وأما إن بعد الأمر فلا يجوز وإن أجازته إلا أن يجدد نكاحاً جديداً بعد فسخ الأول، وهو قول ابن حبيب في الواضحة وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن الذي يصيبه الجذام فتصبر عليه امرأته سنين ثم تريد فراقه أو ترفع أمرها إلى السلطان ليخيرها، فلما أراد ذلك كرهت فراقه وقالت أنا أقيم على زوجي ثم أرادت فراقه بعد ذلك، وكيف إن لم يكن ذلك منها عند السلطان إلا عند قوم أشهدتهم على إقامتها معه ثم أرادت فراقه بعد ذلك؟ قال ابن القاسم: إن زاد جذامه ذلك على ما كان يوم أقامت عليه وتغير عن حاله تلك إلى ما هو أضر منه وأدنى كان ذلك لها لأنها تقول ظننت أنه لا يزيد على حالته وأنه سينقص ويذهب، فأما إذا زاد فلا أرضى أن أقيم عليه فذلك لها، ويفرق بينهما إذا طلبت ذلك، وإن كان على حالته يوم أقامت عليه لم يزد فليس لها بعد ذلك كلام ولا حجة بأن تقول ظننت أنه سيذهب، فأما إذا لم يذهب فأنا لا أريد الإقامة فليس ذلك لها، وسواء كان صبرها عليه وإقامتها معه عند سلطان أو غير سلطان فذلك سواء إذا أشهدت أو شهد عليها.

قال **محمد بن رشد**: قد مضت هذه المسألة وتحصيل القول فيها في رسم نقدها من هذا السماع، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

قال وسألت[٤٩] عن الرجل يزوج أمته عبد قوم أو رجلاً حراً

(٤٩) في ق١: (وسألته) مع الضمير.

على أن أول ولد تلده فهو حر ثم يصدقها امرأته أو يبيعها والأمة حامل أو حملت بعد أن باعها وأصدقها فلا يعلم بذلك حتى تضع عند المشتري أو عند المرأة؟قال ابن القاسم: ما حملت بعد أن أصدقها أو باعها في ملك المشتري أو المرأة فهو رقيق ولا حرية له لأن بيعه إياها أو إصداقه إياها قطع للشرط الذي في الولد وفسخ له لأنه بمنزلة رجل جعل لجاريته أن ما ولدت أو أول ولد تلده فهو حر، فإذا باعها قبل ذلك سقط ما كان جعل لها من ذلك ما دامت عنده وفي ملكه، وهو يبيعها إن شاء، فإذا باعها بطل ذلك، والنكاح مفسوخ في مسألتك على كل حال، وأما إن حملت في ملك السيد الذي زوجها على ذلك ثم باعها أو أصدقها وهي حامل فالولد حر على كل حال، وولاؤه للبائع، وتقوم الجارية على المشتري إن فاتت بنماء أو نقصان أو اختلاف أسواق أو شيء من وجوه الفوت فيها يوم قبضها بحالها يومئذ على أن الولد مستثنى أن لو كان يحل بيعها على ذلك وإن لم تفت ردت وإن فاتت بيد المرأةالتي أصدقها إياها بشيء مما ذكرت لك من وجوه الفوت رجعت على الزوج بما بين القيمتين بمنزلة عيب وجدته فيها وقد فاتت في يدها، وإن لم تفت في يديها ردتها ورجعت عليه بقيمتها.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يزوج أمته عبد قوم أو رجلاً حراً على أن أول ولد تلده فهو حر إن النكاح يفسخ على كل حال هو مثل ما في رسم الكبش من سماع يحيى، وقال ابن الماجشون في الواضحة إنه إذا لم يعثر عليه حتى ولدت فلا يفسخ النكاح لأن الشرط قد ذهب، وقوله يأتي على رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة في نكاح المريض والمريضة إنهما إذا صحا قبل أن يفسخ النكاح ثبتا على نكاحهما لذهاب علة الفسخ، وأما إن زوجها على أن كل ولد تلده فهو حر فلا اختلاف في أن النكاح يفسخ أبداً إلا أن يدخل في ذلك الاختلاف بالمعنى على ما ذكرناه في رسم سن من سماع ابن

القاسم، وقوله إن بيع السيد إياها أو إصداقه إياها قبل أن تحمل قطع للشرط في الولد صحيح مثل ما في المدونة إلاَّ أن مالكاً استثقل فيها بيعها وقال يفي لها بما وعدها. وأما إذا حملت فلا يجوز له أن يبيعها إلا أن يرهقه دين فتباع في دَيْنه، قاله في المدونة ومثله في رسم الكبش من سماع يحيى، وقد قيل إنها لا تباع في الدَّيْنِ، وهو قول سعيد بن عبدالله المعافري وقال لأن أخطىء في البيع أحب إلي من أن أخطىء في العتق، وهو قول أصبغ، وكذلك اختلف أيضاً إذا مات سيدها قبل أن تضع هل للورثة أن يقتسموها ويبطل العتق في الجنين أم ليس ذلك لهم؟ فقال ابن القاسم ذلك لهم، وقال أصبغ ليس ذلك لهم إلا أن يطول الأمر ويخاف على الميراث التلف، وذلك عنده إذا حمل الثلث الأمة على أصله في أن الجنين لا يعتق إذا وضعته في مرض سيدها أو بعد موته إلا من الثلث، وأما إن لم يحملها الثلث فيوافق ابن القاسم في أنه يخلى بينهم وبين بيعها واقتسامها. ووجه قوله أنه لما كان عتق الجنين من الثلث لم ير أن يوقف على الورثة الجارية بسبب جنينها إذا كانت قيمتها أكثر من الثلث، وقد كان القياس على قوله إنها لا تباع في حياة سيدها في الدين حتى تضع ألا تباع بعد الوفاة إذا حملها الثلث حتى تضع طال الأمر أو لم يطل إذ لا حجة للورثة إذا لم يوقف أكثر من الثلث، وأما ابن القاسم فجرى على أصله بأن قال: لا يلزم الورثة بعد الوفاة أن يتربصوا بها حتى تضع كما لا يلزم الغرماء في حال الحياة أن يتربصوا بها حتى تضع وتباع في الوجهين ويبطل العتق في الجنين، والقياس على القول بأنه حر من رأس المال وإن وضع بعد موت السيد كالمعتق إلى أجل وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ألا تباع حتى تضع في حال من الأحوال إلا أن يسبق الدين العتق، وقد روي عن ابن القاسم أنه لا يعتق إلا من الثلث إذا وضعته في مرض السيد أو بعد موته، فإن باعها بعد أن حملت ولا دين عليه أو أصدقها امرأة فقال في هذه الرواية إنها إن كانت قائمة بيد المشتري أو الزوجة لم تفت بحوالة سوق فما فوقه ردت بعينها ورجع المشتري على البائع بالثمن والزوجة على الزوج بقيمتها، وإن كانت قد فاتت بشيء من ذلك كان على المشتري قيمتها يوم قبضها على أن الولد مستثنى أن

لو كان يحل بيعها على ذلك لأن الجنين قد ثبتت حريته على البائع قبل أن يبيعه ورجعت الزوجة على الزوج بما بين القيمتين بمنزلة عيب وجدته فيها وقد فاتت في يديها، هذا معنى قوله وفيه نظر، أما قوله في البيع فإنما يستقيم إذا كان البيع فاسداً إما بأنه باعها بجنينها وأعلم المبتاع أنه قد كان أعتقه، وإما أن يكون باعها على أن جنينها حر لأنه لو باعها ولم يعلم المبتاع أنه قد كان أعتق جنينها لما كان البيع فاسداً ولوجب إن كانت قائمة لم تفت بالعيوب المفسدة أن ترد على كل حال، إذ لا يجوز للمبتاع أن يمسكها على أن جنينها مستثنى وإن فاتت بالعيوب المفسدة أن يكون مخيراً بين أن يرجع بما بين القيمتين من الثمن وبين أن يرد وما نقصه العيب المفسد عنده ويرجع بجميع الثمن. وأما قوله في النكاح بها فلا يستقيم بحال لأنه إن كان تزوج بها على أن يكون الجنين للمرأة وأعلمها أنه قد كان أعتقه أو على أن جنينها حر فالنكاح فاسد يفسخ قبل البناء ويرد إلى صداق مثلها بعد البناء وترد الأمة إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت فائتة على أن الجنين مستثنى أن لو كان يحل بيعه على ذلك، وإن كان تزوج بها ولم تعلم المرأة بعتق جنينها لوجب أن تردها إن كانت قائمة لم تفت بشيء من العيوب المفسدة وترجع بقيمتها، وإن كانت قد فاتت بالعيوب المفسدة كانت مخيرة بين أن ترجع بما بين القيمتين بمنزلة عيب وجدته فيها وبين أن تردها وما نقصها العيب المفسد عنده وترجع بقيمتها صحيح، فقوله إنها تفوت بما يفوت به البيع الفاسد بعيد غير صحيح، وساوى ابن حبيب في البيع بين أن يبيعها على أن جنينها حر وبين أن يبيعها ويكتم المبتاع ذلك، ولم ير أن تفوت في الوجهين جميعاً إلا بالعيوب المفسدة، قال الفضل وإنما لم ير أن تفوت في البيع الفاسد بحوالة الأسواق لأن القيمة كانت تكون فيها على المبتاع على أن الجنين مستثنى، وذلك لا يجوز في البيع، وفرق بين الوجهين في النكاح بها على ما ذكرناه، وقد قيل إنه إذا أعتق الجنين في بطن أمه جاز أن يبيع الأمة على أن جنينها حر، وأن يتزوج بها على أن جنينها حر، وليس ذلك باستثناء للجنين إذ لا يقدر على بيعه مع أمه لتقرر الحرية فيه قبل البيع، وقيل لا يجوز ذلك إلا في التفليس، والثلاثة الأقوال في بيع الحائط المساقى.

مسـألة

قال وسألت عن الرجل يزوج وليته بنقد مائة دينار ورأس بمائة دينار ولم يوصف الرأس؛ أيجوز هذا النكاح؟ قال ابن القاسم: نعم جائز صحيح، والتسمية صفة يجتزى بها، وإن طلقها قبل الدخول عليها غرم نصف آلأَمْرَيْنِ جميعاً، وهو مائة دينار لأن النقد مائة والرأس مائة، فلها نصف هذه وهي خمسون، ونصف ثمن الرأس وهو خمسون، ولو تزوجها بأرؤس ولم يصف لها صفة ولا سمى لها ثمناً كان جائزاً وكان لها وسط من ذلك، إن كانوا حمراناً كان لها وسط من الحمران وإن كانوا سوداناً كان لها وسط من السودان، ينظر[٥٠] إلى أرفع الحمران أو السودان وإلى أوضع الحمران والسودان فتعطى ما بين ذلك، وإن طلقها قبل الدخول أعطيت نصف ذلك على ما فسرت لك، وإن لم يسموا حمراناً ولا سوداناً وقد تزوج بأرؤس فهو على رقيق تلك البلدة الذين يزوجون عليهم الغالب من ذلك عليهم إن حمران فحمران وإن سودان فسودان، وإن كان رقيق البلدة حمراناً وسوداناً جميعاً فنكح بهم ولم يسموا حمراناً ولا سوداناً نظر إلى وسط الحمران ووسط السودان فضم ذلك كله ثم أعطيت نصف ذلك والقيمة في ذلك الوسط من الرقيق إنما هي يوم وقعت العقدة أمسك أو طلق.

قال محمد بن رشد: قد مضى في رسم الرهون القول في تسمية العدد في الرأس المنكح به فلا معنى لإعادة ذلك، ومضى في أول رسم وفي رسم سن ما يبين معنى قوله والقيمة في ذلك انما هي يوم وقعت العقدة أمسك أو طلق، فلا معنى لإعادة ذلك أيضاً والحمد لله.

---

(٥٠) في ق ١: (نظر).

مسألة

قال: وسألت عن الرجل يتزوج بمال ولد ولده ثم يقوم عليه ولد الولد بعد زمان هل يأخذ ماله؟ قال ابن القاسم: نعم يأخذه إن وجده بعينه لم يفت أخذه حيث وجده، وإن لن يجده بعينه ووجده قد استهلكته المرأة لم يكن على المرأة شيء إذا لم يكن طعاماً أكلته أو ثياباً أبلتها، فإن كان ذلك كذلك غرمته علمت أو لم تعلم وكذلك الولد الكبير مثل ذلك سواء، وأما[٥١] الولد الصغير الذي في حجره فليس لهم إليه سبيل، وإن وجده بعينه لم يكن لهم أخذه وكانت المرأة أحق به واتبعوا الأب بقيمته يوم أخذه وأصدقه إن لم يكن له مال، علمت المرأة أن المال لولده الأصاغر أو لم تعلمه فهي أحق به، ولا يؤخذ منها شيء، ولا سبيل للولد إليه على حال.

قال محمد بن رشد: فراق ابن القاسم بين أن يعتق [الرجل][٥٢] عبد ابنه الصغير أو يتصدق به أو يتزوج به فقال إن العتق ينفذ إن كان موسراً ويغرم القيمة لابنه ويرد إن كان معدماً إلا أن يطول الأمر فلا يرد، قال أصبغ لاحتمال أن يكون حدث له في خلال ذلك يسر لم يعلم به، وأما إن علم أنه لم يزل عديماً في ذلك الطول فإنه يرد، وقال إن الصدقة ترد موسراً كان أو معدماً، وقال في التزويج إن المرأة أحق به موسراً كان الأب أو معسراً ويتبع الابن أباه بقيمته، قال في المدونة الرواية يوم أخذه وأصدقه امرأته يريد يوم تزوج عليه لا يوم دفعه لأنه بيع من البيوع، كذا قال ابن القاسم في غير هذا الكتاب، فظاهره وإن لم تقبضه المرأة، وفي سماع أصبغ ان الابن أحق به من المرأة ما لم تقبضه المرأة وما لم يطل في يديها بعد القبض، وأما إن قام بعد القبض باليوم واليومين والأمر القريب فهو أحق به ويكون كالاستحقاق، وتتبع

---

(٥١) في ق ١: (فأما).

(٥٢) ما بين العلامتين إضافة من ق ١.

المرأة الأب بقيمته، وسواء على مذهب ابن القاسم دخل الأب بالمرأة أو لم يدخل بها، وفرق مطرف بين أن يدخل بها أو لا يدخل، ورواه عن مالك وقال ابن الماجشون الابن أحق دخل الأب أو لم يدخل، قبضت الزوجة أو لم تقبض، طال الأمر أو لم يطل، وهذا الاختلاف إنما هو إذا كان الأب معسراً، وأما إن كان موسراً فالزوجة أحق قولاً واحداً، ولا اختلاف بينهم فيما تزوج به من مال ولده الكبير أو ولد ولده انهم أحق به من الزوجة في يسر الأب وعدمه، وأجاز أصبغ فعل الأب كله في مال ابنه من الهبة والصدقة والعتق والإصداق في القيام والفوات والعسر واليسر لقول النبي ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ»(٥٣) فعلى ظاهر الحديث لا فرق بين الصغير والكبير، وبالله التوفيق

مسألة

وسألت عن الرجل يخطب على ابن له صغير إلى رجل ابنته صغيرة فزوجه وأطرقا قليلاً ثم قال الرجل لأبي الصبي: هذا الأمر عليك إن هلك أو هلكت، فقال أبو الصبية: من هلك منهما فلا يتبع بعضنا بعضاً بشيء، فقال أبو الصبي: نعم، قال ابن القاسم النكاح ثابت لا يضره ما تكلما به من ذلك بعد ذلك لأن العقدة وقعت صحيحة، وما اشترطا فيه بعد ذلك فهو باطل، والصداق ثابت عاشا أو ماتا، وهو على الأب إن كان تحمل به وإن لم يكن تحمل به فهو في مال الصبي إن كان له مال يوم زوجه أبوه، فإن لم يكن له مال فهو في مال الأب، فإن وقع النكاح بهذا الشرط وكان نسقاً واحداً فهو نكاح مفسوخ متى ما أدرك قبل البناء فإن دخل ثبت النكاح وكان لها صداق مثلها، وإن مات أحدهما في الصغر توارثا لأنه من النكاح الذي يثبت بعد الدخول، والصغيران والكبيران في ذلك سواء على ما فسرت لك، وكذلك لو اشترطا على أن لا ميراث

(٥٣) هو في سنن ابن ماجه ومسند ابن حنبل.

بينهما على مثل ذلك سواء، ويفسخ النكاح فيه أيضاً إذا لم يدخل بمنزلة الذي ينكح على أن لا نفقة عليه وما أشبهه، قال عيسى ويبطل الصداق إن ماتا إذا كان على ذلك وقع الشرط.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إن تكلما به بعد تمام العقد وكماله لا يلزم ولا يفسد العقد، وإن شرطا ذلك في العقد أفسده وفسخ قبل الدخول وثبت بعده وكان فيه صداق المثل لأنه نكاح فسد لصداقه بما اشترطا فيه، وقول عيسى بن دينار إن الصداق يبطل إن مات إذا كان على ذلك وقع الشرط صحيح على المعلوم في المذهب إذ المنصوص عليه من أن النكاح الذي فسد لصداقه لا شيء للمرأة فيه إلا بالدخول، وقد روي عن أصبغ فيمن تزوج بغرر ثم مات قبل الدخول أن لها صداق مثلها وإن طلق فلا شيء لها فراعى التسمية الفاسدة وجعله كنكاح التفويض على مذهب من يرى(٥٤) أنه يجب فيه بالموت صداق المثل، وليس هذا معروفاً في مذهبنا، وكذلك يبطل الصداق المسمى في النكاح على أن لا ميراث بينهما وعلى أن لا نفقة لها وما أشبه ذلك من الأنكحة الفاسدة إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول على القول بأنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويكون فيه صداق المثل، وهو الصحيح من الأقوال إلا على مذهب أصبغ وهو شذوذ.

ومن كتاب أوله إن امكنتني من حلق رأسك

قال عيسى: وكتب إلى ابن القاسم صاحب الشرط(٥٥) يسأله عن امرأة تعلق بها رجلان كلاهما يدعي أنها امرأته وهي تدعي أنهما جميعاً زوجاها، كان أحدهما زوجها فزعمت أنه أجاعها وضربها فهربت من عنده وظنت أن ذلك فراقه وزعمت أن الآخر تزوجها إلا أنه طلقها، قال ابن القاسم: يسأل الأول فإن كانت له بينة بأنها

---

(٥٤) في ق ١: (رأى).

(٥٥) في ق ١: (الشرطة).

امرأته فَارْدُدْها إليه بعد أن يحلف بالله ما طلقها، ولا يطأها حتى يستبرىء رحمها بثلاث حيض، فإن لم تكن له بينة فلا يقبل قوله ولا إقرارها بأنها امرأته ويفرق بينهما، ويسأل الآخر البينة على نكاحها فإن ثبتت له بينـة فارْدُدْهَا إليه واستحلفه بالله الذي لا إله إلا هو ما طلقها ولا صالحها إن قامت له بينة على أصل النكاح، وإن لم تقم له بينة فرق بينهما ولتكن أولى بنفسها تنكح من أحبت.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة أن المرأة التي ادعى كل واحد منهما أنها زوجته بائنة عنهما، منقطعة بنفسها، ليس في ملك أحدهما وتحت حجابه، وقوله: يسأل الأول البينة يريد الأول على ما أقرت له به الزوجة من ذلك وإن لم تصدق في إقرارها له بذلك، ويحتمل أن يريد الأول على دعواهما مثل أن يقول أحدهما تزوجتها في المحرم من سنة كذا ولا أدري ما يقول هذا، ويقول صاحبه تزوجتها في رجب من تلك السنة ولا أعلم له فيها نكاحاً، قيل: الأول أظهر، وإنما حلف الأول ما طلقها إذا كانت له بينة أنها امرأته وإن لم تدع عليه امرأته الطلاق لأن سكوته على خروجها من عنده وبينونتها بنفسها وتصيرها إلى غيره على ما زعمت من أنه تزوجها بشبهة تدل على أنه قد طلقها لعله أقوى من الشاهد الواحد على الطلاق ويمين الثاني أبين لدعوى المرأة عليه الطلاق مع كونها خارجة عن ملكه منقطعة بنفسها، وكذلك تقول على هذا لو انتقلت امرأة عن زوجها وبانت بنفسها ولم يظهر منه إنكار لذلك حتى طال الأمر فتزوجت أو أرادت التزويج وزعمت أنه طلقها فأنكر أن اليمين لازمة له وإن لم يكن لها شاهد لأن هذه الأسباب تقوم لها مقام الشاهد، ولو أقام كل واحد منهما بينة ولم تؤرخ لم يكن لواحد منهما نكاح إذا كانتا عدلتين وإن كانت إحداهما أعدل من الأخرى، ولو كانت هذه المرأة التي تداعيا فيها في ملك أحدهما وعياله وتحت حجابه وهما طارئان أو مقران بالنكاح مع اشتهار ذلك وإعلانه لكانت البينة على الآخر، فإن لم يأت ببينة على ما ادعى من أنها زوجته بقيت تحت الذي هي في ملكه وتحت حجابه ولم تجب عليه يمين على معنى ما في رسم الكبش من سماع يحيى، وسيأتي الكلام على ذلك هناك إن شاء الله.

مسألة

قال عيسى: وكتب إليه أيضاً يذكر أن امرأة تعلقت برجل وزعمت أنه زوجها وزعمت أن نبطية زوجتها إياه فادعت بشهود فجحد الشهود ما ادعت، قال: إن أقر بالدخول فأحْسِن أدبهما وفرق بينهما دخل أو لم يدخل لأنه لو ثبتت لهما بينة لم يثبتا على النكاح لأن أصل النكاح حرام لا يقران عليه، ولم يمنعني[٥٦] أن أعاقب في المسألة الأولى إلا أن ذلك أمر قد طال الذي ذكروا وعسى الشهود أن يكونوا قد ماتوا أو غابوا، فلذلك وقفت في عقوبتهم.

قال محمد بن رشد: إنما رأى[٥٧] الأدب عليهما دون الحد لإظهارهما الأمر قبل أن يعثر عليهما فيه، ولو وُجدا يزنيان أو أخذا في بيت فأقرا بالوطء وادعيا أنهما زوجان لحدا إن لم يأتيا بالبينة على النكاح على ما في كتاب الرجم والحدود في القذف من المدونة، ولو لم يقرا بالوطء ولا شهد عليهما به لأدِّبا ولم يحدا، وعلى هذا يحمل ما في كتاب النكاح الأول من المدونة. ويحتمل أن يكون سقط الحد عنهما في مسألة المدونة لشهادة الأب والأخ أن الأب زوجها إياه، فرأى ذلك شبهة تسقط الحد وإن لم يقبل قولهما، يريد بالمسألة الأولى التي قبلها لأن كل واحد من الرجلين أقر بالدخول بالمرأة وادعى أنها زوجته، فلم يَرَ على من لم يثبت منهما أنها امرأته حداً لأنه أقر طائعاً بأمر لا ريبة عليه فيه ولا رأى عليه أدباً لما ذكر من طول الأمر، والله الموفق.

ومن كتاب القطعان

قال: وسئل عن رجل فوض إليه أمر امرأته فبعث إلى أهلها بشيء فسخطوه فقال إن لها صداق مثلها ثم طلق فلم[٥٨] يدخل

(٥٦) في ق ١: (ولم ينبغ).

(٥٧) في ق ١: (رأى). وصحف في الأصل فكتب: «أرى».

(٥٨) كذا بالأصل وفي ق ١: (ولم).

بها، قال ابن القاسم يرجع عليه بنصف صداق مثلها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه قد أوجب لها على نفسه صداق مثلها بقوله فإن لها صداق مثلها، ولو لم يقل ذلك لما وجب عليه أن يتم لها صداق مثلها على ما كان بعث به ولكان له أن يرد النكاح عن نفسه ويرجع بما كان بعثه به على ما قاله في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الشفعة لأن نكاح التفويض لا يجب فيه الصداق إلا بالتسمية أو الدخول، والله الموفق.

مسألة

وسئل عن رجل تزوج امرأة فدخل بها وهي حائض فأصابها حائضاً ثم طلقها بعد أن طهرت طلقة هل يملك رجعتها؟ فقال: لا أرى ذلك له، وأراها طلقة بائنة بمنزلة ما لو طلقها قبل أن يبني بها لأن ذلك الوطء ليس بوطء.

قال محمد بن رشد: قوله لأن ذلك الوطء ليس بوطء معناه ليس بوطء جائز لأنه وطء يوجب الغسل والحد والصداق باتفاق، وإنما يختلف هل يحصن الحرة المسلمة ويحل المطلقة أم لا على ما يأتي القول فيه في أول سماع سحنون، فعلى القول بأنه يحل ويحصن يوجب الرجعة، والله أعلم.

ومن كتاب
أوله باع شاة واستثنى جلدها

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل ينكح المرأة ويشترط عليه في عقدة النكاح أنك إن لم تأت بصداقها إلى أجل كذا وكذا فلا نكاح بيننا وبينك، قال: هذا نكاح حرام لا يقران عليه ويفرق بينهما دخل أو لم يدخل، وقد قال إذا دخل بها ثبت النكاح ولم يفسخ، قلت: فالرجل يتزوج المرأة على أن لا ميراث بينهما؟ قال

هذا ومن تزوج على أن لا نفقة بينهما وعلى أن لها من القوت كذا وكذا هذا ونحوه من الوجوه التي تشترط في النكاح إذا أدرك قبل البناء فسخ، وإن فات ببناء ثبت وسقط الشرط، وهما يتوارثان فيه قبل أن يفسخ قبل البناء وبعده، قلت: هل سمعت من مالك في هذا بعينه شيئاً في النكاح الذي لو أدركته قبل البناء فسخته وإذا مات أحدهما قبل البناء أنهما يتوارثان؟ قال ابن القاسم: كذلك قال لي مالك فيه بعينه، وكذلك نكاح أهل مصر إنما صداقهم إلى موت أو فراق، وكان مالك يفسخه قبل البناء ويرى الميراث بينهما إذا مات أحدهما قبل البناء، قلت: فالرجل ينكح المرأة وتشترط عليه أنك إن لم تأت بصداقها إلى أجل كذا وكذا فأمرها بيدها؟ قال: قال مالك يفسخ، ولم يقل دخل أو لم يدخل، وأنا أرى إذا دخل ألا يفسخ.

قال محمد بن رشد: أما الذي ينكح المرأة وتشترط عليه أنه إن لم يأت إلى أجل كذا وكذا بصداقها فلا نكاح بينهما فهو نكاح خيار لأن الأمر يرجع إلى أن الزوج بالخيار بين أن يأتي بالصداق إلى الأجل فيجب له النكاح أو لا يأتي إليه فلا يجب له، فاختلاف قوله في وجوب فسخه بعد الدخول على اختلاف قول مالك في وجوب الفسخ بالخيار بعد الدخول، وقد نص على ذلك في المدونة، وهذا الاختلاف إنما يتصور إذا أتى بالصداق إلى الأجل واختار الزوج النكاح قبل انقضاء أيام الخيار أو اختارته المرأة إن كان الخيار لها قبل انقضاء أيام الخيار وأما إن لم يأت الزوج بالصداق إلى الأجل أو لم يختر من له الخيار من الزوجين حتى انقضت أيام الخيار فلا نكاح بينهما، والقول بأن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده على القول بأن البيع على الخيار يجب إذا اختار من له الخيار يوم العقد، والقول بأنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده على القول بأن البيع على الخيار يجب إذا اختار من له الخيار يوم الاختيار، وهو المشهور في المذهب، والقول الثاني قائم من كتاب الشفعة من المدونة. والعلة في أن الخيار لا يجوز في النكاح هو أنه عقد قد لزم أحدهما ولا ميراث فيه

مع أنه قد قيل إنه عقد مترقب ينكشف بامضائه وجوبه يوم عقده. وقوله فيه بأنه نكاح حرام تَجَوُّزٌ في اللفظ إذ لم يأت بتحريمه كتاب ولا سنة ولا إجماع، والتعليل بأنه لو مات أحدهما لم يتوارثا ضعيف لأن الأغلب الأمنُ من الموت فيما قرب مثل اليوم واليومين ونحوهما مع أن الأشهر أنه غير منعقد حتى يمضي، فلو تزوج رجل امرأة على أنهما جميعاً بالخيار الزوج والمرأة والولّيّ لأنْبَغَي أن يجوز إذ لم يلزم النكاح واحداً منهم[٥٩] وإنما يجب يوم يمضي، فالنكاح في باب الصداق أوسع من البيع لأنه يجوز فيه من الغرر ما لا يجوز[٦٠] في البيع، والبيع في باب العقد أوسع من النكاح لأنه يجوز فيه من الخيار ما لا يجوز في النكاح، والنكاح أوسع من الصرف لأنه يجوز فيه الخيار في المجلس وأن يعقداه على مشورة فلان إذا كان حاضراً بالبلد قريباً فأرسلا إليه في فورهما ليعلما رأيه يريد قبل أن يفترقا من مجلسهما، وسيأتي ذلك في آخر سماع أصبغ، ولا يجوز شيء من ذلك في الصرف، وقد قيل إن الخيار في المجلس جائز في الصرف. فعلى هذا القول يجوز في النكاح اليوم واليومان ونحوهما لما ذكرناه من أنه أوسع منه، وأما الذي يتزوج المرأة على أن لا ميراث بينهما أو على أن لها من القوت كذا وكذا فقد مضى القول فيه في رسم الرهون. وقسم في هذه الرواية الأنكحة الفاسدة لعقودها قسمين: أحدهما أن يكون أصله حراماً، والثاني أن يكون أصله حلالاً ويشترط فيه شرطاً حراماً، وهو تقسيم فيه نظر لأن ما كان أصله حراماً ينقسم إلى قسمين: إذ منه ما يتفق على تحريمه كنكاح المرأة في عدتها [أو على عمتها][٦١] أو على خالتها أو على أمها وإن لم يدخل بها وما أشبه ذلك، ومنه ما يختلف في تحريمه كنكاح المحرم والنكاح بغير ولي وما أشبه ذلك، فالأول لا ميراث فيه ولا طلاق، ولا يكون الفسخ فيه طلاقاً، ولا يجب فيه الصداق المسمى إلا بالدخول، والثاني يختلف في وجوب الميراث والطلاق فيه فيجب عند مالك في أحد قوليه مراعاة لقول من

(٥٩) في ق ١: (منهما).

(٦٠) في ق ١: (يجوز). وهو الصواب، وفي الأصل: يجب.

(٦١) ساقط من الأصل.

يراه نكاحاً جائزاً، ووجوب الصداق المسمى فيه إن مات أحد الزوجين قبل الفسخ يجري عندي على هذا الاختلاف، ولأن ما كان أصله حلالاً واشترطوا فيه شرطاً حراماً ينقسم إلى أقسام، منه ما يفسخ قبلُ وبعدُ باتفاق في المذهب مثل نكاح المحلل ونكاح أمَةٍ على أن كل ولد تلده فهو حر وما أشبهه، ومنه ما يفسخ قبل الدخول باتفاق وبعده على اختلاف مثل النكاح على الخيار وعلى أن لا ميراث بينهما وعلى أن لا نفقة لها وما أشبه ذلك، ومنه ما يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول باتفاق، ومنه ما يثبت بعد الدخول ويختلف في فسخه قبل الدخول مثل أن يتزوج الرجل المرأة على أنه إن لم يأت بصداقها إلى أجل كذا وكذا فأمرها بيدها، وقد مضى القول على هذه المسألة في رسم المحرم من سماع ابن القاسم، واختلف فيما فسخ من هذه الأنكحة بعد الدخول هل يكون فيه صداق المثل أو الصداق المسمى، وكذلك ما لم يفسخ منها بعد الدخول وقد ذهب الشرط مثل النكاح على الخيار على أحد قَوْلَيْ مالك، ونكاح الأمة على أن أول ولد تلده فهو حر إذا لم يعثر على ذلك حتى ولدت على مذهب ابن الماجشون. وأما ما لم يفسخ منها بعد الدخول مما الشرط فيه قائم مثل النكاح على أن لا ميراث بينهما وعلى أن لا نفقة لها وما أشبه ذلك فأبطل فإن المرأة ترد إلى صداق مثلها.

مسألة

قلت لابن القاسم أفيستخلف الرجل نصرانياً أو عبداً أو امرأة يعقد له نكاحه؟ قال لا بأس به، ولا بأس أن تزوج المرأة عبدها ولا تزوج أمتها ولكن من ولي من النساء أو العبيد شيئاً من أمور النساء فليستخلفوا من يزوجهن.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما يأتي في آخر هذا الرسم، وهو صحيح لا اختلاف فيه، وقد مضى بيانه في رسم سن من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

مَسْـــألة

قلت: فيزوج[٦٢] المسلم النصرانية؟ قال ابن القاسم: لا يزوج المسلم النصرانية كانت أخته أو ابنته أو مولاته، لا يزوج المسلم النصرانية مسلماً ولا نصرانياً، قلت: فالسلطان ترفع إليه النصرانية أمرها أترى للسلطان أن يستخلف عليها من يزوجها؟ قال: لا يستخلف عليها من يزوجها وليردها إلى أهل دينها.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم موعباً فلا معنى لإعادته.

مَسْـــألة

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها في عقدة النكاح أن ينفق عليها ما يصلح مثلها فإن لم يفعل فأمرها بيدها هل ترى هذا النكاح جائزاً؟ وإن رأيته جائزاً فأنفق عليها ما يصلح مثلها سنين ثم رَقَّتْ حاله فقصر عن نفقة مثلها سنين فقرت ورضيت بذلك ثم بدا لها فأحبت أن تختار أيكون ذلك لها؟ قال ابن القاسم لا أرى هذا النكاح جائزاً وأرى أن يفسخ إن لم يدخل وإن دخل لم يفرق بينهما وكانت على شرطها إن لم يقدر على شيء كان أمرها بيدها، قال: وإن رَقَّتْ حاله فقصر عن نفقة مثلها فقرت على ذلك ورضيت فليس لها بعد ذلك قول، ليس في يديها مما جعل لها شيء لأن هذا فعل واحد، وهو بمنزلة الذي يقول إن لم أعطك بقية صداقك إلى أجل كذا وكذا فأمرك بيدك فيأتي الأجل فَيُعْسِرُ بالمهر وتقيم معه ويصيبها ولا يقضي شيئاً ثم تطلب بعد ذلك فلا شيء لها لأن النفقة أمر واحد وليس هو فعل يأتي بعد فعل، ألا

(٦٢) في ق ١: (افيزوج) مع همزة استفهام.

ترى أنه لو قال إن نكحت عليك إلا بإذنك فأمرك بيدك فتأذن له فينكح ويدخل بها ثم يبدو لها فلا يكون لها بعد ذلك في تلك المرأة قول إلا أن يريد أن ينكح غيرها فتحلف أنها إنما كان ذلك إذناً منها في هذه ولم تكن تركت ما كان في يديها.

قال محمد بن رشد: قوله في التي شرطت على زوجها أن ينفق عليها ما يشبه مثلها فإن لم يفعل فأمرها بيدها إن النكاح يفسخ قبل الدخول أو تكون على شرطها بعد الدخول ليس بمعتدل(٦٣) على أصولهم، إذ لا يخلو الشرط من أن يكون جائزاً أو فاسداً، فإن كان جائزاً فينبغي أن تكون على شرطها قبل الدخول وبعده، ولا يفسخ النكاح كسائر الشروط المقيدة بتمليك أو طلاق، وإن كان فاسداً يجب فسخ النكاح به قبل الدخول، فينبغي إذا لم يفسخ به بعد الدخول أن يبطل الشرط وترد إلى صداق مثلها، والقول الأول أظهر أن يكون النكاح جائزاً والشرط لازماً كسائر الشروط، وهذه الرواية تأتي على ما يروى عن سحنون أن الشروط المشترطة في أصل العقد المقيد بتمليك أو طلاق يجب بها فسخ النكاح قبل الدخول ولمراعاة قوله مضى العمل على كتاب الشروط في الصدقات على التطوع، وقد مضى القول في أول رسم من سماع ابن القاسم على المسألة التي ساقها عليه من شرط التمليك في النكاح فلا معنى لإعادة ذلك.

مسألة

وعن الرجل يتزوج الحرة على أنه حر فإذا هو عبد، هل يكون لها الخيار قبل أن يرفع ذلك إلى السلطان؟ أو هل يفوض إليها السلطان إذا رفع ذلك إليه أمرها إلى نفسها فتطلق ما شاءت؟ وعن الذي يجذم هل تطلق زوجها ما شاءت أو يفرق السلطان بينهما بواحدة ولا يفوض إليها شيئاً؟ وكيف إن طلقتا أنفسهما ثلاثاً امرأة

(٦٣) في ق ١: (يعتدل).

المجذوم وامرأة الذي غر من نفسه قبل أن يرفع ذلك إلى السلطان هل يلزمها ذلك؟ قال: أما الذي غَرَّ من نفسه فلامرأته أن تختار قبل أن ترفع ذلك إلى السلطان، فما طلقت به نفسها جَارٍ عليها، وأما الذي يجذم فليس لامرأته الخيار حتى ترفع ذلك إلى السلطان، فإذا رفع ذلك إليه فليس له أن يفوض أمرها إليها تطلق ما شاءت ولكن على السلطان إذا كرهته وأرادت فراقه أن يفرق بينهما بواحدة إذا يئس من برئه، وكذلك المجنون إلا أن المجنون يضرب له أجل سنة، وكذلك سمعت من مالك من يوم ترفع، قلت: فأيهم يضرب له أجل سنة، الموسوس وحده أو الذي يغث[٦٤] مرة ويفيق أخرى، وهو إذا أفاق صحيح، قال ابن القاسم: سبيلهما واحد، وقد قال لي مالك وأي شيء أشر من أن يغث الرجل مع المرأة في بيت واحد فينخلع قلبها، قال ابن القاسم: والذي حفظت عن مالك في المعتوه أنه يضرب له أجل سنة ولا يخلى بينه وبينها في هذا الأجل:

قال محمد بن رشد: أما قوله في الذي غر الحرة من نفسه وزعم أنه حر فانكشف أنه عبد إن لامرأته أن تختار قبل أن ترفع ذلك إلى السلطان يريد أنها إن فعلت جاز ذلك لها إن كان الزوج مقراً بأنه غرها ولم يدع أنه أعلمها أنه عبد، وأما إن نازعها في ذلك فليس لها أن تختار نفسها إلا أن يحكم لها السلطان بذلك، وهذا معنى قوله في المدونة أو رضي الزوج بذلك ورضيت المرأة وإلا فرق بينهما أو أبى الزوج إذا اختارت فراقه، فليس ما في المدونة بخلاف لما ههنا في هذا إذ لا معنى لاشتراط رضى الزوج بالفرقة إذ أقر بغروره إياها، فإن اختارت نفسها وهو منكر فرفع ذلك إلى السلطان وثبت

---

(٦٤) كذا هو في الأصل بغين معجمة وثاء مثلثة مضعفة أي يضعف عقله ويفسد وهو من الغثيثة التي هي مِدَّة الجرح وقيحه، وجاء في أساس البلاغة للزمخشري ما لفظه: «لبسته على غثيثة، ونفس خبيثة، أي على فساد عقل من قولهم: جمعت الجراحة غثيثها وهي المدة» وفي ق ١: (يغيب) بدله.

عنده غروره إياها مضى الطلاق بما عند السلطان من أنها فعلت ما لها أن تفعل. وقوله: فما طلقت به نفسها جاز عليها هو على أحد قَوْلَيْ مالك في المدونة في الأمة تعتق تحت العبد أن لها أن تختار ثلاثاً على حديث زبراء(٦٥) وقد قال في المدونة في المجبوب يغر المرأة من نفسه إنها ليس لها أن تطلق نفسها إلا واحدة وتكون بائنة، وذلك على قوله الثاني في أن الأمة المعتقة تحت العبد ليس لها أن تطلق نفسها إلا واحدة وتكون بائنة بها، وقوله في امرأة المجذوم والمجنون إنها ليس لها أن تختار نفسها حتى ترفع ذلك إلى السلطان وإنها إذا رفعت ذلك إليه لم يفوض إليها الأمر في الطلاق ولكنه هو يفرق بينهما بواحدة إذا يئس من برئه صحيح لأن ذلك حكم من السلطان باجتهاده ليس فيه سنة قائمة كما في الأمة التي تعتق تحت العبد فذلك بخلاف العبد يغر الحرة من نفسه، وقال ها هنا إنه سمع من مالك أنه يضرب للمجنون أجل سنة في علاجه، وقال في المدونة إنه لم يسمع ذلك منه، وإنما بلغه ذلك عنه، وقوله ههنا إنه يفرق بينهما بعد أن يضرب له أجل سنة وإن لم يكن جنوناً مطبقاً لما يصيبها منه من الفزع هو خلاف ما في سماع زونان لابن وهب وأشهب، وخلاف قول ربيعة في المدونة، وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم نقدها من سماع عيسى فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم في رجل زوج ابنه صغيراً والابن لا مال له فكتب الصداق على الابن فيدخل الابن ثم يكبر أو لا يدخل وقد بقي عليه من الكالىء، قال ابن القاسم إن لم يدخل حتى يبلغ فهو

---

(٦٥) في كتاب الطلاق من موطأ مالك: «عن عروة بن الزبير أن مولاة لبني عدي يقال لها زَبْرَاء أخبرته أنها كانت تحت عبد وهي أَمَةٌ يومئذ فعتقت، قالت فأرسلت إليَّ حفصة زوج النبي (صلعم) فَدَعَتْني فقالت إني مخبرتك خبراً ولا أحب أن تصنعي شيئاً إنّ أمرك بيدك ما لم يمسسك زوجك. فإن مسَّك فليس لك من الأمر شيء، قالت: فقلت: هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق، ففارقته ثلاثا».

مخير إن شاء دخل عليها بما كتب عليه وإن شاء فارق ولا شيء عليه، وأما إن دخل قبل أن يبلغ أو يجوز أمره فالصداق على الأب أو دخل بعد أن كبر ولم يعلم فالصداق على الأب إذا دخل والشرط باطل.

قال محمد بن رشد: قوله إنه إذا زوج ابنه وهو صغير لا مال له إن الصداق على الأب وإنه إن كتبه عليه لم يلزمه إلا أن يلتزمه بعد البلوغ وإنه إنْ دخل قبل البلوغ أو بعد البلوغ ولم يعلم سقط عنه ولزم الأب وكان شرطه باطلاً صحيح إذ ليس للأب أن يوجب على ابنه ديناً ويلزمه إياه، وهو على معنى ما في النكاح الثاني من المدونة لمالك وربيعة وعلى ما في سماع أبي زيد لابن القاسم فيما يشترط من الشروط على ابنه، وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن اشتراطه الصداق عليه إذا كان صغيراً أو كبيراً سفيهاً لا مال له لازم له، وهو ظاهر قول أبي الزناد في المدونة، وعليه يأتي قول ابن وهب في سماع أبي زيد إنه يلزمه ما جعل عليه أبوه من الشروط، إذ لا فرق بين المسألتين.

مسألة

قال وسألته عن الرجل المسلم يستخلف النصراني هل تجوز خلافته؟ [أو هل له إن أجزت له خلافته][66] في تزويج بنات الذي أوصى إليه أمر أو نهي؟ أو هل له أن يستخلف من يزوجهن ولا يكون ذلك إلا برضاه، وهل للنصراني في تزويج ابنته المسلمة أمر أو نهي؟ أو هل يستخلف من يزوجها؟ والعبد هل يستخلف من يزوج ابنته الحرة أو يطلب في هذا رضى واحد منهم في نكاح من ذكرت حتى لا يكون ذلك إلا برضاهم؟ وإن كنت لا تراه جائزاً في واحد منهم ففعل من لا يجوز له ذلك منهم فلم يدرك إلا بعد البناء

(٦٦) ما بين العلامتين سقط من ق ١.

أو قبله؟ قال ابن القاسم: لا أرى أن تجوز وصية المسلم إلى النصراني إلا أن يرى السلطان لذلك وجهاً، قلت فإن أجازها السلطان هل ترى أن يستخلف النصراني مسلماً يزوج بنات الذي أوصى إليه المسلمات؟ قال: نعم ذلك له، وأما النصراني فليس له من ولاية ابنته المسلمة قليل ولا كثير، ولا يزوجها ولا يستخلف من يزوجها ولا يطلب في ذلك رضاه، وأما العبد المسلم في ابنته الحرة فإنه إن كان عبداً ينظر لابنته مثل العبد الفاره الناقد فأرى أن يحضره وينظر في قوله، فإن رأى في قوله سداداً رأيت أن يتبع، وليس له في الاستخلاف في البضع قليل ولا كثير.

قال محمد بن رشد: قوله في وصية المسلم إلى النصراني إنها لا تجوز إلا أن يرى السلطان لذلك وجهاً، الوجه في ذلك هو مثل أن يكون قريبه أو مولاه أو زوجته فيرى أنه إنما أوصى إليه لما رجاه من حسن نظرهم له بسبب ما في الجِبِلَّة من العطف والمودة والإشفاق على ذوي الرحم والقربى، وهو خلاف ظاهر ما في المدونة من أنه لا تجوز الوصية إلى المسخوط ولا إلى الذِّمِّيِّ ، وقال أصبغ إذا كان قريباً ورأى أنه إنما أوصى إليهم لما رجاه من حسن النظر لابنه فلا يعزل عن الوصية ويجعل معه من عدول المسلمين من ينظر معه ويكون المال بيده، وهو أحسن الأقوال وأولاها بالاتباع، وإليه ذهب ابن حبيب وحكاه [عن](٦٧) مطرف وابن الماجشون، وقد مضى في رسم سن من سماع ابن القاسم تحصيل القول فيمن يجوز للنصراني والعبد والمرأة أن يلي [عقد](٦٨) النكاح عليه وفيمن لا يجوز لواحد منهم أن يلي عقد النكاح عليه ويجوز له أن يستخلف على ذلك وفيمن لا يجوز له أن يلي عقد النكاح عليه إلا(٦٩) أن يستخلف على ذلك فلا معنى لإعادة ذلك ههنا.

---

(٦٧) ما بين العلامتين سقط من ق ١.

(٦٨) ساقط من ق ١.

(٦٩) في ق ١: (ولا أن).

مسألة

وسئل عن الرجل يكون في حجره يتيم له مال فيريد أن يزوجه ابنته، قال: إن كانت ابنته لا مال لها وإنما رغب في مال اليتيم فإن ذلك نكاح غير جائز، وإن كان لابنته من المال مثل الذي لليتيم هما سواء ومثلها كانت تصلح له فذلك جائز.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه إن ظهر السداد في فعله لليتيم جاز، وإن ظهر أنه غير سداد لم يجز، وهو محمول على غير السداد حتى يعلم في ذلك السداد لأنه متهم في ابنته وفي نفسه، فواجب على السلطان إذا رفع إليه ذلك أن ينظر فيه فإن كانت ابنته دنية لا تشبه مناكحه فسخ النكاح، وإن كانت تشبه مناكحه إلا أنه استكثر لها من ماله في الصداق أمضى(٧٠) النكاح وطرح عنه الزيادة دخل أو لم يدخل، بخلاف تزويجه إياه من امرأة أجنبية لأن فعله في ذلك محمول على السداد حتى، يثبت خلافه كبيعه [عليه](٧١) وشرائه له، والرواية بما دل على ذلك منصوصة قال مالك في كتاب ابن المواز لا أحب أن يزوج الوصي يتيمته من نفسه، قال في **الواضحة** ولا من ابنه لأن ذلك من ناحية ما كره له من الاشتراء من مالها، فإن وقع نظر فيه السلطان فإن كان صواباً مضى وإلا فسخ، قال ابن المواز إلا أن يتم لها ما يشبهها أو ينزل بها بعد النكاح ضرر في بدن أو مال حتى يصير الفسخ ليس بنظر فيمضي استحساناً.

قال ابن حبيب: إذا فات بالبناء قضى لها بتمام صداق مثلها في قدرها ومالها. وإنما يمضي قبل الدخول إذا أتم لها ما يشبهها إذا كان كفؤا لها فقصر فيما فرض لها من الصداق، ولو كانت ثيباً لا ولاية له

---

(٧٠) في ق ١ : (مضى).

(٧١) ما بين العلامتين سقط من ق ١ .

عليها مضى النكاح ولم يكن للسلطان فيه نظر، ولو كانت ثيباً له عليها ولاية مضى النكاح ووفيت تمام صداق مثلها إن كان قصر لها في الصداق.

مَسْـألة

وسئل ابن القاسم عن الرجل يكون وصي الرجل فتحضره الوفاة فيوصي بماله وبولده وبما في يده من الوصية إلى امرأة أو عبد هل تزوج المرأة والعبد ذكور ولد من أوصى إليهما؟ قال ابن القاسم: نعم تزوج المرأة والعبد ذكور ولد من أوصى إليهما ولا يزوجان الإناث إلا أن يستخلفا. قال ابن القاسم: انظر من كان يوماً يجوز إنكاحه نفسه مثل الصبي والسفيه والعبد فإن أولئك لا بأس أن تزوجهم امرأة أو عبد أو نصراني إذا فوض أمرهم إليه، وكل من لا يجوز له إنكاحه نفسه على حال من الأحوال من النساء فأولئك لا يزوجهن عبد ولا امرأة ولا نصراني.

قال محمد بن رشد: قوله إن المرأة والعبد والنصراني يزوجون ذكور ولد من أوصى إليهم ولا يزوجون الإناث ويستخلفون من يزوجهن صحيح مبين لما مضى في رسم سن من سماع ابن القاسم ولما في المدونة ولما وقع في كتاب ابن المواز، وقد مضى بيان ذلك كله والقول فيه في رسم سن المذكور، وبالله التوفيق، لا رب غيره، وهو حسبنا ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

تم كتاب النكاح الثالث.

فهرس

موضوعات الجزء الرابع

انتهى الجزء الرابع من كتاب
«البيان والتحصيل»
ويليه الجزء الخامس
وأوله «كتاب النكاح الرابع»



دار الغرب الإسلامي
بيروت - لبنان
لصاحبها: الحبيب اللمسي
شارع الصوراتي (المعماري) - الحمراء - بناية الأسود
تلفون : 340131 - 340132 - ص . ب . 5787 - 113 بيروت - لبنان
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI - B.P.:113-5787 - Beyrouth - Liban

رقم 84/4/3000/38 - 88/1/3000

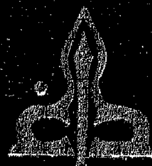
التنضيد: أبجد غرافيكس

الطباعة :  مؤسسة جواد للطباعة والتصوير - بيروت

IBN RUSHD
(m. 520/1126)

AL-BAYĀN WAL-TAḤṢĪL
WAL-TAWJĪH WAL-TA'LĪF
FI MASĀ'IL AL-MUSTAKHRAJAH

VOL. 4



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI